

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST-GRADO

**El debido Procedimiento Administrativo en los
Organismos Reguladores**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Oswaldo Alberto Ordóñez Alcántara

Lima - Perú

2011

INDICE

? Introducción.

PARTE I: El problema, las hipótesis y la metodología

1. El problema de investigación Jurídico Social.

- 1.1. Enunciado y formulación del problema de investigación
- 1.2. Presentación de casos que ilustran el problema.
- 1.3. Fundamentación del problema para el Derecho
- 1.4. La definición de la materia genérica y específica del Derecho
donde se ubica el problema a investigar.

4. Hipótesis

5. Metodología

PARTE II: Estado y Regulación de servicios públicos

- 1. Estado y función administrativa.
 - 1.1 Noción de estado.
 - 1.2 Elementos del estado.
 - 1.3 Fines del estado.
 - 1.4 Función administrativa.
- 2. Teoría y crítica de la organización de los servicios públicos
 - a. Regulación económica.
 - b. Teoría general del servicio público.
 - c. Gestión regulatoria: organización administrativa de la regulación de los servicios públicos.
 - d. Desregulación, privatización, liberalización y libre competencia: Políticas públicas para la gestión privada de los servicios públicos.

3. Medios de solución de controversias en la gestión de los servicios públicos.
4. Regulación legislativa de los servicios públicos.
 - a. Telecomunicaciones.
 - b. Energía eléctrica
 - c. Regulación de infraestructura de transporte: puertos, aeropuertos, carreteras y vías férreas.
 - d. Agua potable y saneamiento.
5. Conclusiones Preliminares.

PARTE III: Estructura del derecho a un debido procedimiento administrativo

A. ANTECEDENTES: PROCESO JUDICIAL

1. Tutela procesal efectiva

Derecho de acceso a la justicia u órgano jurisdiccional.

Derecho a la efectividad de las decisiones judiciales

2. Dimensión procesal o formal del derecho a un debido proceso

Derecho a probar

Derecho de defensa

Derecho al contradictorio

Derecho de igualdad sustancial en el proceso

Derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada

Derecho a no ser sometido a procedimientos distintos a los previstos por la ley

Derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho

Derecho a acceder a los medios impugnatorios regulados

Derecho a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos

Derecho a la actuación adecuada de las resoluciones judiciales

Derecho a la actuación temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales

Derecho a la observancia del principio de legalidad procesal penal

3. Dimensión sustantiva o material del derecho a un debido proceso

Principio de razonabilidad
Principio de proporcionalidad
Principio de idoneidad o adecuación
Principio de necesidad
Principio de ponderación (proporcionalidad en sentido estricto)

B. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Principio del debido procedimiento:
Derecho a exponer argumentos y a las alegaciones
Derecho a ofrecer pruebas
Derecho a producir pruebas
Derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho
Derecho al plazo razonable
Derecho de acceso al expediente
Principios del derecho administrativo
Supletoriedad restringida
2. Principio de razonabilidad:
Dentro de los límites de la facultad atribuida a la administración
Proporción entre los medios a emplear y los fines públicos a tutelar
Sólo lo necesario para la satisfacción del cometido.

PARTE IV: Análisis de las hipótesis: Demandas contencioso administrativas sobre servicios públicos de energía eléctrica, agua potable y saneamiento y telecomunicaciones.

1. Los casos
2. Análisis de los casos.
3. Cuadros de resumen
4. Conclusiones

V. CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA NORMATIVA.

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCION

En los últimos tiempos se advierte con más frecuencia que las familias de menores recursos reclaman el acceso a los servicios básicos y, si lo tienen, el mejoramiento de los mismos o el cobro justo.

Entendemos por servicio básico a aquel que resulta ser imprescindible, esencial, mínimo, que merece toda persona, por el sólo hecho de ser persona, como son: el agua potable, la luz eléctrica, el teléfono. Pero estos servicios básicos ya no son brindados por el Estado sino por empresas privadas o mixtas; este cambio, obedece a transformaciones y cambios generados por la economía mundial, por la globalización, por la revolución de la ciencia y tecnología, que arrasa con todas las instituciones y sistemas políticos, económicos y culturales. Nada queda al margen del cambio de la vertiginosa corriente que lo arrasa todo, incluidas instituciones como la familia y el Estado, como dice Alvin Tofler. Precisamente al haberse instaurado una nueva política económica imperante en el escenario mundial, las economías nacionales sufren los cambios y transformaciones, así como las consecuencias; igualmente los Estados son reestructurados, re perfilados, modificados.

Al cambiar la estructura del Estado también cambian sus funciones, atribuciones y obligaciones; por ello, en el presente trabajo consideramos realizar una breve descripción de los cambios de la economía mundial, especialmente latinoamericana, para luego perfilar al nuevo Estado peruano diseñado a partir de la Constitución de 1993 y sus instituciones, la política económica que diseña y dentro de ella su política de servicios básicos o públicos, especialmente la de regulación de los referidos servicios, qué organismos se han creado para llevar adelante dicha regulación, cuál es el rol de los organismos reguladores. Llegado este punto se da inicio al centro del trabajo: el análisis de los fundamentos de las demandas contencioso administrativas contra la administración pública que regula los servicios públicos, y a partir de ellos la exploración de las causas jurídicas por las cuales no se satisface plenamente a la ciudadanía y qué podemos hacer para que dicha situación cambie, mejorando el funcionamiento de la administración, a la luz de la experiencia nacional y extranjera.

Con ese objetivo, nuestro trabajo se estructurará de la siguiente manera. Primero, realizaremos un estudio teórico sobre el Estado: daremos una noción básica de lo que significa, expondremos cuáles son los elementos que lo conforman, señalaremos sus principales fines y, aproximándonos un poco más a nuestro tema, hablaremos sobre la función administrativa, en qué consiste ella, cuál es su importancia, cuáles los cambios que viene experimentando su cumplimiento durante los

últimos años, sustancialmente, a partir de la intervención de agentes privados.

Continuaremos describiendo brevemente los fundamentos teóricos de la regulación económica, pasando después a realizar similar teorización sobre la noción de servicio público. Seguidamente, ingresaremos al mundo de la gestión y organización administrativa de la regulación de los servicios públicos, señalando las diversas modalidades que ella ha adoptado.

En el punto siguiente, estudiaremos otros conceptos relacionados a la nueva noción de servicio público, a su gestión y organización. Nos referimos a los conceptos de desregulación, privatización y liberalización. De regreso al interior de la teoría de los servicios públicos, veremos cuáles son los medios que ha previsto nuestra legislación para la solución de las controversias que puedan surgir entre empresas prestadoras y entre éstas con los usuarios, durante el proceso de prestación del servicio público del cual se trate.

La parte central del trabajo consiste en contrastar las demandadas contencioso administrativas promovidas por los administrados y los fundamentos de la administración pública, y de ese modo efectuar así una crítica sobre la idoneidad de los procedimientos de la administración pública en servicios públicos, respondiendo a la pregunta de si ésta debe ser modificada por las reiteradas denuncias sobre violaciones del derecho al debido proceso en sede administrativa.

PARTE I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN, LAS HIPÓTESIS Y LA METODOLOGÍA

1. El problema de investigación Jurídico Social.

Nuestra preocupación radica en el hecho jurídico social constituido por las reclamaciones de los usuarios de los servicios públicos (suministro de energía eléctrica, telefonía, agua y saneamiento, transporte, entre otros); los cuales son reclamos que no son atendidos adecuadamente por los concesionarios, ni por los organismos reguladores (OSINERG, OSIPTEL, SUNASS y OSITRAN), en última instancia administrativa. Es decir asumimos que las desatenciones descritas conlleva necesariamente que los usuarios o consumidores tengan que recurrir a los órganos jurisdiccionales.

Los usuarios sostienen, en su gran mayoría, que las empresas concesionarias y los organismos reguladores violentan su derecho al debido procedimiento o debido proceso en sede administrativa. Por esa razón, se considera imprescindible analizar los fundamentos jurídicos de

las demandas que los administrados presentan ante el Poder Judicial, cuestionando los procedimientos administrativos de las empresas concesionarias y de los organismos reguladores, mediante los procesos contencioso-administrativos. Desde este punto de partida se pretende contrastar las demandas y los fundamentos de la administración pública, con la finalidad de efectuar una crítica sobre la idoneidad de los procedimientos de la administración pública en servicios públicos, y a su vez responder a la pregunta de si ésta debe ser modificada por las reiteradas denuncias sobre violaciones del derecho al debido proceso en sede administrativa.

1.1 Enunciado y formulación del problema de investigación

ENUNCIADO. La mayor parte de las demandas contencioso-administrativas contra los organismos reguladores de servicios públicos son denuncias de violaciones al debido procedimiento administrativo.

PROBLEMA. ¿Cuáles son las deficiencias legales del procedimiento de reclamación que determinan que los usuarios de servicios básicos estén disconformes?

1.2 Presentación de casos que ilustran el problema.

- a. Muchos usuarios son víctimas de llamadas “*fantasmas*” o “*eróticas*”; es decir, en su estado de cuenta del mes se cargan sumas exorbitantes por concepto de llamadas no realizadas. Sin embargo, cuando recurren primero al concesionario y luego al organismo regulador, éstos no cuentan con los mecanismos legales para dar una solución adecuada a los reclamos de los usuarios.
- b. Con significativa frecuencia los usuarios del suministro de energía eléctrica son víctimas del hurto de los medidores, y cuando formulan sus reclamos las empresas concesionarias y el organismo regulador no responden adecuadamente.
- c. Gran cantidad de usuarios del servicio de telefonía fija reclama por el cobro indebido de “*renta básica*”, sin embargo el órgano regulador de comunicaciones no responde adecuadamente.
- d. A numerosas personas que adquieren un bien inmueble se les pretende cobrar por consumo de energía eléctrica realizada por el propietario o arrendatario anterior, aún cuando el actual propietario no ha realizado consumo alguno.
- e. Reclamos por riesgo de electrocución en las instalaciones de los servicios públicos de electricidad, telecomunicaciones y televisión por cable.

Se ha tomado conocimiento de la ocurrencia de accidentes por electrocución en espacios públicos que han segado la vida de numerosas personas y han provocado graves lesiones. Entre las víctimas se encuentran adultos y niños que perecieron electrocutados al hacer contacto con medidores, postes de alumbrado o de teléfono, e inclusive con carretillas y quioscos de comerciantes. También, han muerto por electrocución trabajadores de empresas contratistas mientras ejecutaban trabajos de instalación y mantenimiento de redes de media y alta tensión.

f. Reclamos sobre el plazo para la devolución de lo indebidamente pagado en el servicio público de energía eléctrica.

Los usuarios del servicio público de electricidad cuestionan que las empresas concesionarias limiten la devolución de los importes cobrados en exceso a los últimos doce meses facturados. Los usuarios manifiestan que las empresas concesionarias, luego de reconocer la existencia de cobros en exceso, proceden a devolver los montos considerando sólo el periodo máximo de un año; situación que ha sido ratificada por OSINERG.

g. Reclamos sobre cobros por consumos de electricidad efectuados por persona distinta al propietario.

Se ha tomado conocimiento del problema que afrontan diversos ciudadanos y ciudadanas propietarios de inmueble arrendados o recientemente transferidos, quienes se han visto obligados a enfrentar la

pretensión de las empresas concesionarias del servicio público de electricidad, para cobrarles importes que corresponden a consumos efectuados por los anteriores ocupantes del inmueble.

h. Reclamos sobre el plazo para la interposición de reclamos de usuarios en el servicio público de telecomunicaciones.

Se han formulado numerosas quejas de ciudadanos en relación al plazo para la interposición de reclamos por facturación en el servicio público de telecomunicaciones; los cuales han estado referidos al consumo del servicio, el monto facturado, la tarifa aplicada, o al título del cual se deriva el derecho de la empresa operadora para cobrarlos. Los usuarios señalan que el indicado plazo atenta contra una efectiva tutela de sus derechos, colocándolos en una situación de indefensión frente a las concesionarias. El plazo de 15 días es el más breve en toda la región, además de existir insuficiente difusión e información respecto al plazo para reclamar.

1.3. Fundamentación del problema para el Derecho.

¿Por qué se considera que es un problema para el Derecho?

Los organismos reguladores de los servicios públicos han sido creados por ley, y tienen como función controlar y regular los servicios indispensables que antes estaban administrados por el Estado, y que ahora son brindados por entidades privadas, mediante contratos de concesión. Ello constituye un problema para el Derecho, dado que

identificar las razones por las que se promueven constantemente demandas contra la administración pública que regula los servicios públicos, puede proporcionarnos herramientas para mejorar el rol de los organismos reguladores; a fin de que los consumidores reciban un servicio más eficiente y más acorde con el estricto respeto a sus derechos vinculados.

1.4. La definición de la materia genérica y específica del Derecho donde se ubica el problema a investigar.

El problema será abordado dentro del Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo de manera genérica y en forma específica desde el punto de vista del Derecho de los Consumidores. En efecto, son los problemas puntuales en el desarrollo de la relación empresa concesionaria-usuario de servicios públicos, los que generan los procedimientos administrativos de reclamación; y en estos, a su vez, se presentan las denuncias sobre violación del derecho a un debido procedimiento administrativo

2. Las hipótesis.

Se investiga el siguiente problema:

¿Cuáles son las deficiencias legales del procedimiento de reclamación que determinan que los usuarios de servicios básicos estén disconformes?

Al respecto, se han formulando las siguientes hipótesis

2.1. En cuanto a I OSINERG:

En las demandas promovidas por distribuidores de combustibles líquidos nada revela la vulneración de algún aspecto formal o material del derecho a un debido procedimiento.

2.2. En cuanto a la SUNASS:

Todos los procesos cumplen con el debido procedimiento.

2.3. En cuanto a OSIPTEL:

OSIPTEL es el regulador que cumple satisfactoriamente con todos los procedimientos mereciendo el reconocimiento de los usuarios.

2. Metodología

La metodología utilizada para el análisis de las hipótesis que orientan la investigación del problema planteado se ha basado en el análisis de estadísticas y de casos concerniente a las siguientes instituciones:

a) OSINERG

b) SUNASS

c) OSIPTEL

A continuación se presenta la muestra de casos y los rubros analizados

	OSINERG	SUNASS	OSIPTEL
Casos identificados	32	30	7
Total %	46,4	43,5	10,1

Temas identificados sobre OSINERG		
Contribuciones reembolsables	8	25,0
Facturación	6	18,8
Distribuidores de combustible. Existencias.	11	34,4
Prescripción	3	9,4
Declaración de ineficacia	1	3,1
Competencia	2	6,3
Administración de infraestructura	1	3,1
Total	32	100%

Temas identificados sobre SUNASS		
Medios probatorios	5	16,7
Recursos extemporáneos	4	13,3
Facturación	15	50,0
Hecho de un tercero	2	6,7
Cambio de tarifa	1	3,3
Transferencia de deuda	2	6,7
Notificaciones	1	3,3
Total	30	100%

Temas identificados sobre OSIPTEL		
Facturación	4	57,1
Interconexión. Ejecución coactiva.	2	28,6
Recursos extemporáneos	1	14,3
Total	7	100%

PARTE II

1. ESTADO Y FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.

1.1 NOCIÓN DE ESTADO.

El Estado es la organización jurídica de la Nación, la forma de asociación más elaborada que el hombre ha imaginado para ordenar, centralizar y armonizar el sistema de relaciones de poder que existen en toda la sociedad, con miras al bien común. Así, el profesor Guillermo Cabanellas define a esta institución como la sociedad jurídicamente organizada, capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior de un territorio y afirmar su personalidad y responsabilidad frente a similares exteriores, anunciando los elementos esenciales del Estado (pueblo, territorio y soberanía) que examinaremos mas adelante y que corresponde a la visión moderna de esta institución fundamental.¹

¹ RUIZ ELDREGE, Alberto... Manual de derecho administrativo. Segunda edición revisada, Gaceta jurídica, Lima, 2000, p. 9.

Esta visión es compartida por el gran jurista francés R. Carré De Malberg quien en su “Teoría general del Estado” afirma que “un estado es por lo tanto, ante todo, una comunidad humana. El estado es una forma de agrupación social. Lo que caracteriza a esta clase de comunidad es que se trata de una colectividad pública que se sobrepone a todas las agrupaciones particulares de orden doméstico o de interés privado, o inclusive de interés público local, que pueden existir entre sus miembros.”²

Mientras que en su origen los individuos no vivieron más que en pequeños grupos sociales, familia, tribu, gens, aislados los unos de los otros, aunque coexistiendo sobre el mismo suelo y sin conocer cada cual sino sus intereses particulares; sin embargo, por otro lado, las comunidades estatales se formaron englobando a todos los individuos que poblaban un territorio determinado bajo una corporación única, fundada sobre la base del interés general y común que une entre sí, a pesar de todas las diferencias que los separan, a los hombres que viven juntos en un mismo país: corporación ésta superior y general , que ha constituido desde entonces un pueblo, una Nación. (³)

1.2 ELEMENTOS DEL ESTADO.

² Ibidem, p. 9.

³ CARRE DE MALBERG, R.; Teoría General del Estado; Ed. Fondo de Cultura Económica; México. 1998; pág. 22; en RUIZ- ELDREDGE RIVERA, Alberto ... Manual de Derecho Administrativo ; Gaceta Jurídica, Lima-Perú primera edición; 318 p.p., p. 10.

A decir del Maestro Ruiz-Eldredge ⁽⁴⁾, Los elementos que componen el Estado son: pueblo, territorio y soberanía. No se concibe la existencia de un Estado sin uno de estos elementos. En efecto, sin el elemento humano, el Estado como ente jurídico carece de objeto y de la base esencial de su existencia: los agentes y destinatarios de las normas jurídicas. Sin soberanía, sería el caos, y la negación del derecho; pues no habría forma de distinguir ni de proteger a la agrupación humana frente a otras nacionalidades, ni de haber prevalecer el interés de la comunidad sobre el interés y la fuerza de los particulares. Finalmente, sin territorio, se trataría de una nacionalidad errante incapaz de delimitar el ámbito de aplicación de sus normas jurídicas, cautelar su autonomía y de afirmar su personalidad.

EL PUEBLO

El pueblo es el elemento humano del Estado, pero no considerado como simple suma de individuos, sino como la colectividad política en cuya representación los detentadores del poder político ejercen su autoridad sobre la comunidad.

Suele identificarse este concepto con el de nación o sociedad. En efecto, el jurista Luis Sánchez Agesta entiende por “pueblo” al grupo humano sobre el cual el Estado se organiza, identificándolo con la

⁴RUIZ- ELDREDGE RIVERA, Alberto Manual de Derecho Administrativo ; Gaceta Jurídica, Lima, setiembre 2000; primera edición; 318 p.p., p. 11.

nación. El pueblo sería – en su opinión – expresión de una comunidad de cultura fundada en tradiciones, usos, costumbres, expresiones artísticas comunes y, quizás, en voluntad común de independencia y autogobierno. Empero, admitiendo que, desde la perspectiva de la definición clásica del Estado como la “nación jurídicamente organizada”, existiría cierta coherencia en la caracterización que del elemento humano del Estado formula Sánchez Agesta; creemos que su concepción sólo es válida para los Estados que gozan de una cultura homogénea y se edifican sobre una sola nacionalidad. De otro modo, no se explicaría la existencia de ciertos Estados que reúnen multiplicidad de nacionalidades, en los que el concepto de la “nación”, (en singular) no se identifica con el de “pueblo” que es más amplio. En estos casos, resulta más apropiado hablar del “pueblo” – no de la nación- como elemento del Estado, es decir el conjunto humano que agrupa a todas las nacionalidades titulares del poder. De otro lado, puede existir una nación dividida en diversos Estados, en cuyo caso la Nación trasciende al Estado (como, por ejemplo, las dos Coreas y, en su momento, las dos Alemania); evidenciándose que aquí el concepto “pueblo” como elemento del Estado es más restringido que el de Nación.⁵

En rigor, la Nación – en su acepción objetiva – agrupa a quienes con sentido subjetivo se encuentran vinculados jurídicamente a un Estado determinado. El concepto pueblo es más lato, porque incluye a quienes

⁵ Ibidem; p. 11.

no son nacionales de un Estado pero forman parte de la colectividad política; aunque constitucionalmente puedan encontrarse normas que les impongan restricciones respecto del ejercicio de ciertos derechos de naturaleza política.

La confusión con el concepto de “sociedad”, que constituye una noción más bien sociológica que jurídica, también ofrece algunos inconvenientes; puesto que no toda agrupación de familias con nexos más o menos permanentes y orientada a fines comunes – como se define la “sociedad” –, conforma un Estado, que es una forma de organización ulterior a la aparición de la sociedad. Es decir, se trata en realidad de un concepto diferente.

En tal virtud es preferible referirse al pueblo – no a la nación ni a la sociedad – como un elemento humano del Estado, en su calidad de titular real del poder político, dentro del principio de la soberanía popular y en su condición de destinatario de los actos de poder rodeado de ciertas garantías.

La Asamblea Constituyente de 1978 siguió este temperamento doctrinario. Así, al redactar el artículo 81° de la Constitución Política de 1979, expresaron textualmente que:

El poder emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen en su representación y con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y la ley.

Ninguna persona, organización, fuerza armada o fuerza policial o sector del pueblo, pueden arrogarse su ejercicio. Hacerlo es sedición.

La misma concepción – aunque un poco más desarrollada por el legislador constitucional - se colige del texto del artículo 45° de la vigente Carta Política de 1993 en cuanto señala lo siguiente:

El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Ninguna persona, organización, fuerza armada, policía nacional y sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

EL TERRITORIO

El territorio es la base geográfica encerrada dentro de las fronteras del Estado, y el espacio dentro del cual se ejerce la potestad de imperio. Sin embargo, Michoud ha dicho bien que “(...) la relación entre el Estado y su territorio de ningún modo debe considerarse como una relación de

sujeto a objeto. El territorio no es un objeto situado fuera de la persona jurídica Estado, y sobre lo cual esta persona posea un poder más o menos comparable a los derechos que puedan corresponder a una persona privada sobre los bienes dependientes de su patrimonio, sino que es un elemento constitutivo del Estado, es decir, un elemento de su ser y no de su haber, un elemento, pues, de su misma personalidad y, en este sentido, aparece como parte integrante de la persona Estado, que sin él no podría ni siquiera concebirse.”⁶

Ahora bien, sin duda, el patrimonio de los individuos es, en ciertos aspectos, la prolongación de su personalidad e implica que las lesiones delictivas causadas a los bienes comprendidos dentro de ese patrimonio constituyen realmente ataques a la persona misma; más allá de que es obvio que la existencia de un patrimonio efectivo no es la condición de la personalidad del individuo: éste seguirá siendo sujeto jurídico aun cuando su patrimonio fuera nulo o llegara a ser destruido. Sin embargo, tenemos que en ausencia de un territorio, el Estado no puede formarse; implicando además que la pérdida de su territorio supondría su completa extinción, dado que el territorio es una condición de la existencia del Estado.

En el caso del Estado peruano, el territorio comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre hasta la distancia de 200 millas, conforme se reconocía en los artículos 97° y

⁶ Ibidem, pp. 12-13.

siguientes de la Constitución Política del Perú de 1979 y se establece en el artículo 54° de la Constitución de 1993.

En efecto, el artículo 54 de la nueva Constitución de 1993, señala: *“El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre”*.

LA SOBERANIA

Guillermo Cabanellas, la define en su Diccionario Enciclopédico ⁽⁷⁾; como suprema autoridad, mando superior, manifestación que distingue y caracteriza al Poder del Estado; por la cual, se afirma su superioridad jurídica sobre cualquier otro poder, sin aceptar limitación, ni subordinación que cercene sus facultades, ni su independencia dentro de su territorio y posesiones.

El Maestro Ruiz Eldredge, señala *“La soberanía es el poder superior que reside en el pueblo y que se ejerce por el Estado por sus gobernantes y funcionarios en representación de aquél. Se expresa en el fuero interno al someter los intereses particulares a los de la colectividad y, en el frente externo, al sostener la independencia y autonomía respecto de terceros países, no admitiéndose injerencia alguna en los asuntos que son competencia del Estado”*.

⁷ Diccionario Jurídico Cabanellas “Diccionario enciclopédico de derecho usual”, editorial Heliasta S.R.L, tomo VII, pag. 457, Buenos Aires, 2003.

El elemento soberanía se encontraba presente en el artículo 79° de la constitución de 1979 que decía: *“El Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado”*; y del mismo modo, el artículo 43° de la Constitución de 1993, recoge el elemento soberanía cuando expresa: *“La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”*.

1.3 FINES DEL ESTADO.

La finalidad última del Estado es el bien común, definido como el conjunto de condiciones sociales que favorecen la existencia, la realización del ser humano, y el desarrollo de todas sus potencialidades. Ello supone un medio social apropiado, un orden justo; puesto que, de lo contrario, el concepto quedaría reducido al ámbito de lo individual.

El bien común alude al bien social, Dabin - citado por Ferrero Rebagliatti - expresa que el bien común es público, porque no comprende los bienes susceptibles de ser alcanzados en forma individual, sino

exclusivamente “bienes sociales” como la seguridad, la educación, los servicios públicos, etc. Sin embargo, el Estado presta directamente algunos servicios y/o bienes particulares a los ciudadanos, ejerciendo su función de promoción, a efectos de evitar el malestar que podría producir su carencia. Así, esa función se hace más relevante en épocas de crisis o de emergencia, o cuando por cualquier otra razón los individuos o cierto grupo de individuos se encuentran incapacitados de alcanzar dichos bienes y/o servicios por sus propios medios, debido al desabastecimiento o la simple incapacidad de la población para satisfacer por sí misma una necesidad de carácter esencial. Obviamente, una situación de carencia es fuente de tensión social y violencia que puede comprometer la estabilidad y subsistencia del sistema; y un pueblo en situación de miseria y marginación extrema no espera pacientemente la creación de las condiciones sociales favorables a su desarrollo,⁸ exige los alimentos, vivienda y medicinas que directa e inmediatamente eviten la muerte de sus hijos o ingresa al campo de la violencia para obtenerlos.

Los elementos que componen el bien común son la seguridad y el bienestar general. La seguridad, tanto interior (para garantizar la coexistencia de los hombres) cuanto exterior (para proteger a la sociedad contra la agresión extranjera), se logra mediante la acción de tutela del Estado que es expresión del poder de policía, comprendiendo la seguridad jurídica y el orden público. La seguridad jurídica implica la

⁸ Ibidem, pp. 14-15.

estabilidad del derecho, la publicidad e irretroactividad de las normas, entre otros principios y reglas orientadas a conferir credibilidad y certeza al Estado de Derecho, frente a la sociedad reglada; y el orden público, por su parte, consiste en un conjunto de principios, normas e instituciones cuya plena vigencia, al margen de la voluntad de los particulares, resulta indispensable garantizar para la subsistencia y funcionamiento de la sociedad estatal.

El bienestar general, consiste en la satisfacción de las necesidades colectivas, sea supliendo a la iniciativa privada o promoviendo la economía del país, mediante las actividades de fomento y servicio público, típicamente administrativas. La actividad empresarial del Estado en el campo industrial y comercial, para algunos autores, trasciende el campo del Derecho Administrativo. El Estado social de Derecho diseñado en la constitución de 1979 admitía – como veremos- la presencia del Estado empresario al lado de la empresa privada y otras modalidades; mientras que el Estado neoliberal configurado en la constitución de 1993, concede al Estado un rol subsidiario estrechamente limitado a ciertos campos, como puede advertirse del texto del artículo 58 que expresamente señala:

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social del mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de

empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Asimismo, el artículo 60 de la Constitución de 1993 expresa que:

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirectamente, por razón de alto interés público de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Por lo tanto, sea como fuere que se conciba el Estado, su finalidad esencial es el bien común, cuyos componentes seguridad y bienestar general, determinan el mayor o menor grado el ámbito de sus atribuciones y cometidos que no deben confundirse con las funciones que desarrolla para alcanzar tales cometidos.

1.4 FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.

Para el cumplimiento de sus fines el Estado desarrolla una serie de cometidos de acuerdo con las atribuciones y competencias que el ordenamiento jurídico le reconoce y según el tipo de Estado de que se trate. Es obvio que un Estado gendarme reconoce menos cometidos de competencia estatal que un Estado bienestar. Sea como fuere, dichos cometidos se alcanzan a través de las denominadas funciones estatales que son expresión del poder político y que se encuentran orientadas al bien común. Tradicionalmente se han reconocido sólo tres funciones principales: legislación, administración y justicia.

Sin embargo, algunos autores, consideran sólo dos tipos de funciones: legislación y administración; puesto que consideran que la función de la “justicia” es de la misma naturaleza que la función de la administración, en cuanto ambas se encuentran sometidas a la ley. Claro está, ello sin perjuicio de reconocer la necesidad de que la función de la administración de justicia se encuentra ejercida por órganos diferente del gobierno.

Otros autores distinguen la función administrativa de la función de gobierno, aún cuando ambas sean desempeñadas predominantemente por el poder ejecutivo. Ruiz-Eldredge, alejándose de la doctrina que identifica las funciones con los propios órganos del poder que las ejercen, reconoce la existencia de cuatro funciones básicas: legislación, gobierno, administración y justicia. En el sistema democrático estas funciones se

encuentran distribuidas entre diversos órganos detentadores de poder, con el objeto de limitarlo y evitar que, por efecto de la concentración de sus diversas atribuciones, se produzcan abusos de la autoridad que sacrifiquen la libertad, facultad esencial de la persona humana.

Las Constituciones del Perú han reconocido las diferentes funciones de los diversos órganos del poder del Estado, plasmando la doctrina de la separación de poderes; la cual ya se insinuaba en la “La política” de Aristóteles, cuando señalaba que “en todo Estado hay tres partes que todo legislador prudente debe, en primer término, ordenar convenientemente. Una vez que se organizan estas tres partes, pueden decirse que todo está bien organizado. El primero de estos tres elementos es la asamblea general que delibera sobre los asuntos públicos, el segundo, es el cuerpo de magistrados, cuya naturaleza, atribuciones y modo de designar es menester reglamentar; el tercero es el cuerpo judicial”.⁹

La teoría de la separación de poderes se concreta y define en la época moderna “... cuando, afirma la autoridad del parlamento, la experiencia política del pueblo inglés impulso a distinguir y a separar los distintos campos de la esfera del poder público. Locke la expone, magistralmente, en su libro ‘Essay of Civil Government’ distinguiendo el

⁹ PAREJA PAZ-SOLDAN, José; Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979; Lima. 1994; pág. 17-18; en RUIZ- ELDREDGE RIVERA, Alberto ... Manual de Derecho Administrativo ; Gaceta Jurídica, Lima-Perú primera edición; 318 p.p., p. 10.

poder legislativo del ejecutivo por la consideración de que no es bueno que los mismos hombres que estatuyen las leyes sean los encargados de aplicarlas. Bolingroke se refirió al equilibrio de poderes. Pero fue Montesquieu quien la divulgó y la transformó en dogma político en su famosa obra ‘esprit des lois’: en todo Estado hay tres clases de poderes: la potencia legislativa, la potencia de las cosas que dependen del derecho de gentes y la potencia ejecutiva que depende del derecho civil. Mediante la primera, el príncipe o los magistrados hacen las leyes para un tiempo o para siempre y corrigen o abrogan las que están ya hechas. Por la segunda, hacen la paz o la guerra, envían o reciben embajadores, establecen la seguridad, previenen invasiones. Con la tercera, castigan los crímenes o juzgan las diferencias entre los particulares. Se llama a esta última el poder de juzgar y a la otra simplemente, potencia ejecutiva”.¹⁰

El principio de la separación de poderes se vincula a la idea de garantizar la libertad, pues sólo cuando los diversos detentadores del poder son independientes entre sí y se controlan respectivamente, los destinatarios del poder estarán protegidos del abuso del poder por parte de alguno de sus detentadores. Es una eterna experiencia – afirma Montesquieu – el que todo hombre que tiene poder se inclina a abusar de él; llega hasta donde encuentra límites. “para que no pueda abusarse del

¹⁰ Ibidem, p. 17.

poder es necesario que, por disposición de las cosas, el poder detenga al poder”.

Durante la revolución francesa, se exageró esta doctrina hasta llegar a sostenerse que cada poder es una fracción de la soberanía y que cuando la Nación instituye a sus representantes, delega a unos la potencia legislativa, a otros la ejecutiva y a los terceros la jurisdiccional. Sin embargo, el propio Montesquieu no se refirió jamás a la separación de poderes como sinónimo de división o pluralidad de poderes distintos. Se limitó a señalar que existían tres clases de poderes en el sentido de funciones, planteando el debilitamiento del poder mediante la distribución de estas funciones en diversos órganos detentadores, porque una concentración de estas potestades derivaría en una tiranía. Así lo recuerda el distinguido administrativista peruano Alberto Ruíz-Eldredge, cuando señala que el poder del Estado es único, por lo que no puede hablarse de pluralidad de poderes sino de un solo poder, el del Estado, con funciones diferentes atribuidas – preponderantemente, pero no exclusivamente – a distintos órganos detentadores. El poder es uno; lo que se distribuyen son las funciones.

En consecuencia la llamada separación de poderes no es más que una interdependencia coordinada de funciones, una garantía para evitar el abuso del poder y una especialización técnica. En realidad, más que de “poderes” debería hablarse de “funciones” ejercidas por “órganos” de la

función legislativa, ejecutiva y jurisdiccional. Así, nosotros nos permitimos distinguir dentro de la denominada función ejecutiva, la función política o de gobierno de la función administrativa, muy a pesar de que ambas tienen en común su carácter “ejecutivo” que para unos autores significa “subordinación a la ley”, para otros “ejecución de la ley” y para otro grupo de autores simplemente “gestión”. Por otro lado, cabe precisar que la subordinación a la ley no es una característica determinante de la función ejecutiva que le dé especificidad; puesto que la función jurisdiccional también está sometida a ella; e igualmente la idea de “ejecución” de la ley tampoco es adecuada porque implicaría una visión reduccionista de los actos políticos y administrativos limitada a la reglamentación y cumplimiento de las leyes.

En todo caso, nuestras constituciones han diseñado una trilogía de órganos de poder que integran la estructura del Estado peruano, a saber:

- A) El poder legislativo, que organiza el Estado y dicta las leyes, además de ejercer otras funciones de control político, de representación y en forma excepcional de administración;
- B) El poder ejecutivo, que hace cumplir las leyes y dirige la administración de los servicios públicos, pero que también realiza atribuciones de control político y, por excepción, función legislativa;
- y

C) El poder judicial, que resuelve los conflictos entre los particulares y entre éstos y el Estado, y sanciona a los infractores de la ley, desempeñando función administrativa en menor grado.

Al lado de estos tres poderes clásicos, existen una serie de órganos e instituciones constitucionales autónomas que, sin formar parte de los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, gozan de potestades normativas y administrativas de diversa índole.

Ahora bien – como se ha dicho- el cumplimiento de los fines del Estado exige una organización o estructura, a partir de la cual los detentadores del poder ejercen la actividad que corresponde al órgano respectivo. Sin embargo de estas actividades, la administración se realiza principal pero no exclusivamente, por el poder ejecutivo.

Etimológicamente, el termino “administrar” proviene de las voces “ad- ministrare” (servir a) o “ad manus-trahere” (traer a mano, manejar) que brindan las ideas de servicio, provisión, gestión, manejo o cuidado de asuntos o bienes. En virtud de su actividad administrativa, el Estado realiza la gestión de los bienes y asuntos públicos con el objeto de proveer de bienes y servicios a la colectividad o de crear las condiciones para que la población logre la satisfacción de sus necesidades de carácter general, así como para que se desenvuelva en un medio social seguro y

ordenado, rodeado de las garantías indispensables para su realización personal y social.¹¹

El destacado administrativista argentino Roberto Dromi sostiene que la administración ofrece un doble aspecto: en sentido objetivo (sustancial-material) y en sentido subjetivo (orgánico-formal). Objetivamente es una acción, un conjunto de actividades enderezadas hacia un fin, con tal prescindencia de la índole del órgano, agente o autor del acto. Es la actividad concreta dirigida a través de una acción positiva a la realización de los fines de seguridad, progreso y bienestar de la colectividad, función por lo tanto encaminada a la integración de la actividad individual en vista del interés colectivo. Así, objetivamente, la administración, se aparta de lo formal y contingente para considerar lo sustancial; pudiendo haber administración en la actividad de los tres órganos fundamentales del Estado (órgano ejecutivo, órgano legislativo y órgano judicial), dado que la función administrativa es común a los tres.

Subjetivamente la administración implica una estructura orgánica, un ente o complejo de entes al que el ordenamiento jurídico le atribuye la función de administrar. En otros términos administración pública en sentido subjetivo equivale a “aparato administrativo”, dentro del ámbito más general del aparato estatal (Alessi y Giannini) que integra también el aparato legislativo y jurisdiccional; de allí que se habla en ocasiones de un

¹¹ Ibidem, p. 19.

Estado administrativo, frente a un Estado legislado y a un Estado juez. Con más propiedad, la administración en sentido subjetivo está integrada por el conjunto de órganos cuyo desenvolvimiento constituye el centro de la función administrativa.

No existe, sin embargo, absoluta coincidencia en definir la función administrativa. Se ha dicho que es la actividad del poder ejecutivo (Santa María de Paredes); la actividad estatal, excluida de la legislación y la justicia (Fritz Fleiner); la ejecución inmediata de la legislación y mediata de la constitución (Kelsen), la actividad estatal cuyo objeto es realizar actos jurídicos subjetivos cuya naturaleza individual se distingue de la legislación que es de carácter general (Duguit); la actividad del Estado para la realización de sus fines, bajo un orden jurídico, (distinta de la ley que crea derecho y de la jurisdicción que mantiene el orden jurídico) expresada en su hacer efectivo y concreto (Sayagués Lazo).¹²

Cierto es que la actividad administrativa corre a cargo preponderantemente de los órganos del poder ejecutivo, pero la función administrativa no se agota en éste, ni el poder ejecutivo realiza sólo función administrativa. Ahora bien, si tampoco es correcto señalar que la función administrativa excluye la legislación y la justicia; igualmente tenemos que no toda la actividad estatal, excluida la legislación y jurisdiccional es de naturaleza administrativa. Puesto que, existe también

¹² Ibidem, p. 20.

una función política o de gobierno que no es legislativa, ni jurisdiccional ni administrativa, que se expresa en ciertos actos jurisdiccionales y de gobierno, sujetos al derecho constitucional, tales como la declaración de guerra, el estado de emergencia o de sitio, la interpelación y censura de ministros, la disolución de las cámaras parlamentarias por el ejecutivo; los cuales, no son propiamente actos administrativos, aunque algunos puedan compartir muchas de sus características.

La función administrativa comprende tanto actividad jurídica como operaciones materiales de los diversos órganos de poder del Estado. Consiste en actos jurídicos creativos de normas generales (reglamentos) o de derechos subjetivos; así como el quehacer concreto y material vinculado a los fines del Estado. Se trata de una función a su interior muy variada.

Es así, como los variados cometidos de la administración pueden concretarse en el dictado de normas abstractas, obligatorias y generales que – como hemos dicho- incluye a los reglamentos; la decisión de ciertas controversias frente a la administración o frente a otros particulares, sujetos a revisión ulterior por el poder judicial; satisfacción de necesidades públicas mediante la acción material del Estado; certificación de hechos jurídicamente relevantes, tanto a petición de particulares interesados (registro, transcripciones, certificaciones) como de oficio por la misma administración (inspecciones, actos y comprobantes) la

constitución, modificación y extinción de relaciones entre particulares (por ejemplo, inscripciones en registros públicos); un juicio (dictámenes, opiniones) no imperativo con el fin de asesorar o informar a los órganos activos; el control preventivo o sucesión de la legitimidad y oportunidad en la actividad de los órganos estatales; promover la actividad de los órganos llamados a satisfacer un interés público concreto (propuestas, peticiones), la efectiva realización de los intereses públicos por medio de actos, hechos, contratos, etc.

Puede advertirse, que así como no cabe confundir la actividad administrativa con el poder ejecutivo, órgano del poder que no se agota con esta clase de actividades; es preciso distinguir entre la función administrativa y las diversas formas que adopta: policía, fomento y servicio público. Además en los tiempos modernos, el Estado fue interviniendo cada vez más en la actividad económica mediante la actividad empresarial comercial e industrial que, para algunos autores, no comportaba realmente actividad de índole administrativo. Aunque al terminar el siglo XX, la tendencia es a desaparecer esta actividad estatal, creo que muy bien podría situarse dentro del ámbito del Derecho Administrativo, tanto por el hecho de que su agente es el Estado cuando por los fines públicos que compromete, además del régimen jurídico especial que suele adoptar en determinados países.

Finalmente debemos señalar con relación a la Función Administrativa del Estado, que el Estado como persona jurídica tiene varias funciones, no sólo la función de administrar, ya que también cumple una función legislativa y otra judicial, a decir, de los maestros españoles Eduardo García de Enterría y Tomás- Ramón Fernández (¹³) “Administrar sería toda actuación del Estado distinta de legislar o enjuiciar”.

2. TEORÍA Y CRÍTICA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

2.A REGULACIÓN ECONÓMICA.

Genéricamente hablando, podemos decir que la regulación es una manera de intervención, a la cual recurre el sector público (entiéndase el Estado), con la finalidad de utilizar su poder legítimo y coactivo en pro de establecer restricciones a las actividades que desarrollan los distintos agentes que participan en el mercado, y a la vez garantizar la asignación eficiente de bienes y servicios entre tales agentes, así como el bienestar general.¹⁴

La regulación se convierte, así, en una forma de control social formalizado. Si bien no podemos afirmar que tal formalidad descansa en una organización u estructura administrativa específica, si podemos

¹³ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y TOMAS-RAMON Fernández Curso de Derecho Administrativo; Editorial Palestra; Tomo I; Lima – Bogota; 2006; pp; 899, p. 29

sostener su carácter formal a partir de los medios que utiliza para hacerse efectiva.

La regulación, como forma de intervención estatal, necesita materializarse mediante actos de poder del Estado. Tales actos, se encuentran legitimados en la medida que están previstos dentro del ordenamiento jurídico legal como posibilidades de acción que puede adoptar el Estado a través de sus distintas dependencias. Así, desde la Constitución Política -máxima norma interna de un país-, pasando por la legislación ordinaria o delegada, los reglamentos de la administración pública, hasta las resoluciones de estas últimas; el marco normativo otorga al Estado instrumentos formales para poner en práctica dicha regulación.

Lo anterior, es completamente aplicable al específico campo de la regulación económica. Puesto que, si bien la intervención del Estado se ve claramente representada mediante fórmulas generales y principios en la Constitución (dentro de las normas constitutivas de la llamada “constitución económica”), y sobre los cuales se dictan numerosas reglamentaciones y resoluciones; ello, se explica por la necesidad de tomar continuas decisiones puntuales en materia económica. Resultando

¹⁴ VELANDIA, Durfari; RESTREPO, Jairo; y RODRIGUEZ, Sandra... Organismos reguladores del sistema de salud colombiano: conformación, funcionamiento y

irracional confiar ese manejo a instrumentos como la legislación ordinaria, con un procedimiento de elaboración que fácilmente resulta sobrepasado por el diario devenir económico.

Sin embargo, la regulación económica muestra otra importante característica que la individualiza frente a otros campos objeto de regulación por parte del Estado. Por un lado, el Estado regula la actividad económica propia, para lograr un mejor cumplimiento de sus objetivos; por otro, regula el desenvolvimiento económico de terceros, a fin de mantener un orden y equilibrio entre estos y de cara a sus propios objetivos.

Si vemos que el fin supremo del Estado –y de la administración que utiliza para su consecución- es el bienestar social, la principal misión de la regulación económica es instaurar un equilibrio entre sus propios intereses económicos con aquellos de los particulares. Pero antes –o al menos paralelamente-, deberá conseguir dicho equilibrio entre los distintos intereses existentes entre tales particulares.

Dicha tarea, se asume como principal en el campo de los servicios públicos, campo económico en el cual, ejemplificando el necesario establecimiento del mencionado equilibrio, podemos decir que el Estado tendrá la obligación de “(...) *compatibilizar la creación de condiciones de*

responsabilidades. (<http://ideas.repec.org/p/col/000120/000356.html>).

rentabilidad para las empresas, con el resguardo de los intereses de los usuarios, teniendo en cuenta que éstos dependen de la prestación de servicios monopólicos.”¹⁵

A diferencia de la regulación en general, la regulación de tipo económico si se encuentra institucionalizada. En los últimos años, la doctrina y la legislación han desarrollado dos maneras de ejercitar tal control, o mejor dicho, dos modelos institucional-administrativos de ponerla en práctica. Nos referimos a los ORGANOS REGULADORES y a las AGENCIAS DE COMPETENCIA. Antes que teorizar sobre las particularidades y diferencias de cada uno de los modelos, intentaremos identificarlos en nuestra particular realidad.

En el Perú, es común caracterizar al INDECOPI como un organismo regulador. Así se le cita en los medios de prensa, en conferencias o en artículos académicos. Sin embargo, pretendo sostener que es una caracterización errada, puesto que INDECOPI no es un organismo regulador, sino una agencia de competencia. Definición relevante, tomando en cuenta que ambos conceptos son bastante diferentes.

Ahora bien, para entender por qué ello es así, debemos tener claro qué caracteriza y que conlleva, la regulación de mercados y las políticas

¹⁵ Editorial del Diario El Clarín, Buenos Aires, 10 de febrero de 2005. (<http://www.clarin.com/diario/2005/02/10/opinion/o-919231.htm>).

de competencia. Así, tenemos que uno puede optar por dos grandes mecanismos para tratar de lograr que la competencia (o algo parecido) genere bienestar: una primera opción es la regulación de mercados (la regulación de mercados se entrega a un organismo regulador como los son OSIPTEL, OSINERG, OSITRAN o SUNASS; y la segunda opción es implementar políticas de competencia (las políticas de competencia son entregadas a una agencia de competencia y eso es lo que es INDECOPÍ).

Surge una inmediata pregunta: ¿que es aquello que distingue un caso del otro? Siguiendo a BULLARD, diremos que son dos los factores principales que diferencian a un organismo regulador de una agencia de competencia. Estos factores son la razón y la estrategia de la acción.¹⁶

La estrategia tiene que ver con qué herramientas actúa el Estado en cada caso. Vamos a poner un ejemplo que grafique esto.

Imaginemos que una pareja decide casarse y meses antes de la fecha fijada se dirigen a la iglesia a fin de separarla para la noche elegida.¹⁷ El monaguillo de la parroquia le informa que el costo es de S/. 500, el precio les parece alto, pero dado que es la iglesia del lugar en que vive el novio y que está en el barrio en el que se conocieron aceptan pagar el monto señalado. Entonces el monaguillo le informa algunas

¹⁶ BULLARD GONZALES, Alfredo... Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales. Palestra editores, Lima, 2003, pp. 628-633.

condiciones adicionales. Les dice que es obligatorio contratar el toldo para el saludo y champaña con la parroquia. El precio que se ofrece es muy superior al que hay en el mercado.

Los novios indignados le dicen que es un exceso y que por ello se van a casar a otro lado. El monaguillo les informa que para casarse en una parroquia distinta al domicilio de los novios requieren un permiso del párroco. Pero el párroco tiene por política no dar ese tipo de permisos. Ante tal situación los novios deciden ir a la parroquia del domicilio de la novia, y cuál no sería su sorpresa cuando el monaguillo de la misma les ofrece exactamente las mismas condiciones.

El caso en cuestión puede ser fácilmente analizado bajo las categorías de las legislaciones de competencia. El mercado relevante es el mercado de servicios matrimoniales religiosos. En él se debe medir la posición de dominio en el mercado de los proveedores involucrados. Es el mercado con barreras de acceso muy altas, pues para tener otra opción hay que convertirse a otra religión, cosa que la mayoría de los consumidores consideraría inaceptable. El precio alto es lo que la doctrina antimonopolio caracteriza como el precio abusivo. El condicionar la separación de la iglesia a la contratación del toldo y champaña es lo que

¹⁷ Ibidem, pp. 628-629.

usualmente se conoce como cláusula de atadura. Podríamos tener una interesante discusión conceptual si es un cartel o un caso de abuso de posición de dominio. Si fuera un cartel, tendríamos que entenderlo como el acuerdo entre un conjunto de proveedores independientes (las parroquias) para limitar la competencia entre ellos, fijando condiciones comunes, dividiéndose mercados y creando mecanismos para que esos acuerdos no sean traicionados (permisos de matrimonio interparroquial). Si lo consideramos un caso de abuso de posición de dominio, diríamos que la iglesia Católica es un gran proveedor que ha organizado su estructura de provisión de servicio para aprovecharse de los consumidores.

En cualquier caso, este ejemplo, basado en el caso real, sólo refleja que enfrentamos un problema de falta de la competencia.

Decíamos que la diferencia entre la regulación de mercados y las políticas de competencia radica, en primer lugar, en la estrategia. El Estado podría, ante este problema adoptar dos estrategias diferentes.

La primera sería crear “OSIMAR” (supuesto “organismo supervisor de matrimonios religiosos”). Este sería un organismo técnico y autónomo cuyo rol sería establecer regulaciones previas a la actividad de las parroquias e iglesias de todos los credos. Sus herramientas de acción serían: a) el control tarifario; b) el control de calidad, c) el control de

empaquetamiento, d) la obligación de acceso a “interconexión”, y e) los estándares de información y de contratación.

La aplicación de dichas herramientas, deriva en que, normalmente, la regulación se concentra mucho en el resultado antes que el proceso. Así, las regulaciones arrojan lo que se considera que ocurriría si hubiera competencia, fijan el precio, establecen la calidad, determinan las condiciones de contratación. Con la regulación, cuando los novios llegan a la parroquia, ya está todo decidido.

¿Cómo funcionaría todo si se aplicaran políticas de competencia en lugar de regulación de mercados? El tema estaría a cargo del INDECOPI. Nada estaría predispuesto. Las parroquias estarían en principio en libertad de fijar precios, términos y condiciones. Nada estaría ya decidido. Pero si los novios consideran que se han roto algunos principios establecidos en la ley, denunciarían el caso ante el INDECOPI y éste determinaría si la ley fue o no incumplida. De haber una infracción sancionará a la parroquia.

La acción del INDECOPI sería ex post. No fijaría precios, pero velaría que los mismos no sean distorsionados, por ejemplo, por un acuerdo entre competidores. No fijaría calidad, pero evaluaría si el producto resultó o no idóneo para los fines para los que fue adquirido. No usaría estándares de información, pero analizaría luego de producido el

problema si la información fue adecuada para tomar una decisión informada. No empaquetaría productos, pero vería que no se pacten cláusulas de atadura irracionalmente. No obligaría a “interconectarse”, pero podría considerar un caso como negativo injustificada de contratar. En esos casos no regula la conducta, la trataría de corregir con sanciones.¹⁸

El resultado natural de esta forma de acción se dirige más a velar por el buen funcionamiento de procesos, antes que por resultados. No fija precios, pero busca que los precios se generen por competencia. No establece controles de calidad, pero busca que los consumidores puedan influir en el proveedor para satisfacer sus preferencias.

Las ventajas y desventajas de cada estrategia de acción son en la mayoría de los casos claras. La regulación actúa en base a hipótesis en la mayoría de los casos, y opera normalmente con información incompleta. En cambio, las políticas de competencia, al actuar ex post, deciden sobre hechos ya ocurridos, normalmente con mayor información.

La regulación al conceder facultades para determinar la entrada al mercado y los términos de la misma, genera más probabilidades de corrupción, presión e influencia; mientras que las políticas de competencia suelen reducir el nivel de discrecionalidad del funcionario. La regulación al

¹⁸ Ibidem, p. 631.

tener que contemplar todo ex ante, suele ser más costosa que las políticas de competencia. Las primeras son sectoriales, y si uno compara las dimensiones en términos presupuestales de un regulador (que sólo cubre un sector) con las dimensiones de una agencia de competencia (que cubre todos los sectores) descubrirás las diferencias en términos de costos de la acción estatal en uno u otro caso.

Las diferencias anotadas explican cómo es que un regulador y una agencia de competencia actúan diferente. Pero no nos explican cuando debe usarse uno y cuando debe usarse el otro. Explican el cómo, pero no el por qué. Debemos, entonces, analizar las diferencias en razones a la acción.

Cuando existen razones para presumir que no va a existir un fenómeno competitivo que responda a las distorsiones creadas por la empresa particular, entonces la respuesta es la regulación. El típico ejemplo es el monopolio natural. Se presume, por las condiciones de oferta y demanda, que es poco probable que dos empresas puedan estar actuando en el mismo mercado. Ello ocurre, por ejemplo, con los servicios de agua y desagüe. Es poco probable que con la situación de la tecnología actual puedan montarse en una ciudad dos redes de agua y desagüe de manera eficiente para dar a los consumidores la posibilidad de optar. Ello nos conducirá a plantear la regulación previa como una alternativa a la competencia. Finalmente, no se puede confiar en un

proceso que no va a existir, entonces sólo queda preocuparse por el resultado final.

En esa línea de razonamiento la regulación es una opción cuando no es posible esperar que surja competencia. Por el contrario, las políticas de competencia aparecen precisamente cuando la competencia es posible y sólo hay que preservar que el proceso competitivo se desarrolle con transparencia.

Así, podemos entender como enfocan estas alternativas. Las políticas de competencia se orientan a crear y mantener las condiciones de competencia, no a sustituirlas. Por el contrario la regulación busca duplicar o simular los resultados de un proceso competitivo que asume no existirá. Ello diferencia claramente los roles y formas de actuación de una agencia de competencia, como el INDECOPI, de un ente regulador.¹⁹

Pero evidentemente existen relaciones entre las estrategias que se diseñan para actuar y las razones de actuación. Si uno puede confiar en la existencia de un proceso competitivo, toma sentido actuar ex ante y no ex post. Es necesario ver el proceso funcionando para corregirlo cuando se detecta que no funciona adecuadamente. Pero para ello hay que verlo funcionar.

¹⁹ Ibidem, p. 632.

En este contexto una agencia de competencia debe partir en confiar en la competencia, y su intervención es residual ante la constatación que algo en el proceso esta fallando. Pero dicha intervención no se orienta a sustituir el mercado, sino a fortalecer el proceso competitivo.

En cambio, un organismo regulador parte de la premisa de que no puede confiar en una competencia que no existirá o que será incapaz de arrojar resultados positivos por limitaciones que son intrínsecas al proceso. Así, no se puede preservar un proceso que no existe. Ante ello hay que proyectar el resultado del proceso y ello se hace con las regulaciones que dictan cómo serán los productos y servicios resultantes. Por eso, los entes reguladores actúan, por regla general, ex ante. Carece de sentido esperar a ver los resultados de un proceso cuya existencia o al menos su efectividad no es creíble para el regulador.

Evidentemente el fenómeno es bastante más complejo. Muchos reguladores ex post en algunas situaciones y muchas agencia de competencia tienen actuaciones ex ante. Pero la diferencia está en cuál es la regla y cuál la excepción.

El mundo moderno ha ido paulatinamente desapareciendo muchas de las razones que justificaban la existencia de modelos regulatorios, y ello ha llevado a que paulatinamente actividades tradicionales reguladas

comienzan a quedar bajo el ámbito de la simple aplicación de políticas de competencia.

La reducción de la participación del Estado en la economía, la desaparición de barreras para arancelarias, de barreras legales de acceso a los mercados, las mejoras tecnológicas que facilitan la entrada de competencia, entre otras razones, han sido el sustento de profundos procesos de desregulación. Es decir, se ha producido la eliminación de sistemas que sustituyen la competencia, para pasar a sistemas que preserven el proceso competitivo.

Un ejemplo interesante es de telefonía. La telefonía pública ha sido considerada usualmente una actividad sujeta a concesión estatal y a regulación. Han aparecido como alternativas, pequeños comerciantes que conectan a su línea domiciliaria un aparato terminal monedero, lo convertían en una suerte de teléfono público. Una primera reacción natural puede ir dirigida a regular ese mercado y establecer control de tarifas, calidad, condiciones de uso, etc. Sin embargo, se trata de un mercado que está lejos de ser un monopolio natural. Es difícil imaginar un mercado con tanta capacidad de crear competencia. Casi cualquier establecimiento abierto al público puede instalar un servicio de este tipo y podemos confiar en el proceso competitivo para generar precios razonables y condiciones adecuadas.

Bajo tales reglas mantener, ese servicio regulado carece de sustento. Controlar previamente como brindarán este servicio de “teléfonos bodegueros” no tienen justificación, será muy oneroso y totalmente inefectivo. En ese contexto es preferible dejar que se compita y sólo intervenir posteriormente a que se presente un problema para sancionar cualquier infracción.

El Maestro español, Gaspar Ariño Ortiz ⁽²⁰⁾, señala “Que hoy existe en el mundo entero una convicción generalizada: El Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficiencia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos. Hoy existe en grandes zonas del mundo (desarrollado y en vías de desarrollo) la conciencia generalizada de que hay que devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa y, su libertad: la libertad de elegir. La palabra clave es hoy ésta: PRIVATIZACIÓN, que esencialmente significa, no la venta de empresas públicas, sino la devolución de actividades a la iniciativa social”. Precisa, que el triunfo del neoliberalismo (desregulación o neorregulación), tanto en Europa del norte o del sur, en las dos Américas o en el sureste asiático, no es fruto de una batalla ideológica, sino la consecuencia de cambios en el proceso económico social, definido por hechos como; la nueva sociedad de la información, la

²⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar... Principios de Derecho Público Económico; Editorial Ara Editores; Lima; 2004, Primera Edición; 1069 pp; p. 613.

apertura de la economía mundial, la reducción de las distancias, el transporte fácil, la innovación tecnológica y la sofisticación de los servicios. Nos dice, que como consecuencia de todo ello, el viejo concepto de servicio público, ya no cubre las necesidades de la población, por lo que hay que abrir camino a nuevas realidades, más competitivas, innovadoras, que son las que la nueva realidad social demanda, sentencia que hay que desideologizar la política económica, hay que mejorar los servicios y las prestaciones. Ello exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica.

Ariño Ortiz ⁽²¹⁾ nos dice que la Regulación en general, hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado. Cuando éste funciona, no hay mejor regulación: determina cantidades, asigna precios, impone calidades, premia o expulsa del mercado a quienes a él concurren y el Estado lo único que tiene que hacer es mantener el orden y la seguridad, hacer que se cumplan los contratos y en algunos mercados asimétricos proteger al consumidor. Así, la regulación- en especial- la regulación económica es por definición un sustitutivo del mercado.

Finalmente debemos señalar que el nuevo modelo de regulación económica, no debe tener como objetivo central el control del sistema y sus operadores, sino por el contrario debe promover la competencia allí

²¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar... Principios de Derecho Público Económico; Editorial Ara Editores; Lima; 2004, Primera Edición; 1069 pp; p. 616.

donde esta sea posible y limitarse a proteger los intereses de los usuarios- seguridad, calidad y precio de los servicios- allí donde éste mantenga las características de un monopolio natural.

2. B TEORÍA GENERAL DEL SERVICIO PÚBLICO

Podemos empezar conceptualizando a los servicios públicos como todas las acciones o prestaciones que realiza el estado a través de sus distintas dependencias para la satisfacción concreta de necesidades colectivas.²²

La expresión servicios públicos tiene un doble alcance. En primer lugar, se refiere a la acción permanente y eficaz de atender las necesidades de la población. En segundo lugar, hace referencia a las entidades que se constituyen y funcionan para enfrentar y resolver dichos problemas.

En ese sentido y apreciando ambos extremos en conjunto, podemos decir que estamos frente a un servicio público cuando se reúnan los siguientes elementos: 1. la actividad, acción o prestación; 2. una

²² BIELSA, Rafael... Derecho administrativo, Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1956, T. I, p. 463.

necesidad de carácter colectivo; 3. un sistema jurídico normativo; y 4. un organismo estatal encargado de actuar permanentemente.²³

Los servicios públicos también son definidos como las prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario que explicitan las funciones –fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros mediante concesión, licencia, permiso autorización o habilitación, pero siempre bajo fiscalización estatal.²⁴

Cabe señalar que los Estados modernos definen a los servicios públicos como uno de sus principales fines. Para comprender mejor esto último, diremos que los fines del Estado se dividen en:

1. Fines EXCLUSIVOS o “funciones públicas”. Toca a la defensa exterior, para resguardo de supremas necesidades de orden y paz, y a la actualización de derecho, para la tutela de los propios valores jurídicos, como orden, seguridad y justicia. Su principal característica es el hecho de que su prestación está a cargo del Estado, en forma directa.
2. Fines CONCURRENTES o “servicios públicos”. Se refieren a prestaciones o servicios de interés comunitario. Su característica

²³ PATRON FAURA, Pedro y PATRON BEDOYA, Pedro... Derecho administrativo y Administración pública en el Perú. Editorial Grijley, Lima, 1998, p. 100.

²⁴ DROMI, Roberto... Derecho administrativo. Editorial Ciudad argentina, séptima edición, Buenos Aires, 1998, p. 619.

central está en que su prestación no es realizada forzosamente en forma directa por el Estado.

En opinión de VALENCIA MARTIN, constituye una pretensión vana intentar discernir un único concepto jurídico de servicio público. Ello, debido a que, luego de un examen de la legislación, encontramos que el concepto de servicio público es utilizado por los ordenamiento jurídicos en diferentes sentidos, lo que origina otros tantos conceptos legales de servicio público, todos igualmente válidos y relevantes (jurídicamente hablando) dependiendo de cual sea el contexto en el que nos encontremos. Lo anterior no debe sorprender, si tomamos en cuenta que el servicio público es una institución clásica que, a través de la historia, ha recibido distintas interpretaciones, todas las cuales – en mayor o menor medida – han influenciado en diversas piezas de la legislación administrativa vigente.²⁵

De acuerdo a lo anterior, tenemos que la noción de servicio público es claramente polisémica. Ante ello, lo que importa, desde un punto de vista jurídico, no es tanto discernir cuál sea la noción auténtica de servicio público, sino precisar a qué concepto de servicio público nos estamos refiriendo en cada caso en concreto, el cual, dentro de su respectivo contexto, es un concepto tan relevante, importante y, sobre todo, tan

²⁵ VALENCIA MARTIN, Germán... “Servicios públicos y Organismos reguladores”. En: Derecho administrativo (autores varios), Asociación peruana de Derecho administrativo, Jurista editores, Lima, 2004, p. 389.

dotado de consecuencias jurídicas como cualquiera de los demás en sus respectivos ámbitos de aplicación.²⁶

La idea de servicio público, en tanto técnica jurídico-administrativa, nos remite desde sus primeras manifestaciones a una forma o tipo de actividad del Estado tendiente a la satisfacción de necesidades públicas. Tal noción genérica, sufrirá a través del tiempo innumerables reconsideraciones e interpretaciones, en el intento de deslindar su alcance y contenido conceptual.

Así, las primeras caracterizaciones de la misma en tanto actividad o prestación de la administración (del Estado en su complejidad), harían lógico hincapié – a la hora de intentar situar la actividad en la esfera del Derecho público o del Derecho privado – en la presencia del poder público, representado materialmente por la administración. Estamos ante una teorización subjetivista del servicio público, en tanto lo caracterizaba y reconocía sólo a partir de la presencia en su gestión de una persona de Derecho público.²⁷

Luego, a partir de la expansión de la actividad prestacional administrativa, y por otra parte, de la delegación de servicios públicos para su prestación por parte de sujetos privados (aplicación de técnicas

²⁶ Ibidem, p. 389.

²⁷ GONZALES MORAS, Juan... “Los Servicios públicos en la Unión europea y el Principio de subsidiariedad”. Primera edición, Editorial Ad hoc, buenos Aires, 2000, p. 127.

concesionales a la esfera del servicio público); comenzará a analizarse esta problemática, no desde los singulares sujetos implicados, sino especialmente a partir de las propias actividades desarrolladas por ellos. Es decir, se tratará de objetivizar el reconocimiento conceptual de las actividades constituidas como servicios públicos, sin referencia alguna al sujeto gestor de las mismas.²⁸

Entre los más importantes servicios públicos encontramos la provisión de agua, energía eléctrica, teléfono, educación, salud, farmacia, transporte público, taxis, bomberos, limpieza pública, alumbrado público, etc.

Los servicios públicos tienen las siguientes características:

- a. Son o deben ser CONTINUOS: el servicio debe prestarse toda vez que la necesidad que cubre se haga presente. Dicha continuidad puede ser “absoluta” cuando el servicio se presta ininterrumpidamente, como es el caso de la energía eléctrica, el agua, el teléfono, etc. También puede ser “Relativa” según el servicio de preste en determinados momentos, tal es el caso del servicio de bomberos.²⁹

²⁸ Ibidem, p. 127.

²⁹ DROMI, Roberto. Ob. Cit., p. 623.

- b. Son o deben ser **REGULARES**: el servicio debe prestarse conforme a reglas preestablecidas, lo cual genera un margen de previsibilidad en su prestación acorde a las necesidades del mismo. Dichas reglas previas hacen referencia a horarios, turnos, restricciones, costos, requisitos, zonificaciones, etc.
- c. Son o deben ser **UNIFORMES**: el servicio debe prestarse por igual a toda la población que lo necesite. Es el derecho de exigir y recibir el servicio en igualdad de condiciones, sin discriminación ni privilegio. Es una de las formas en que el principio constitucional de igualdad ante la ley se manifiesta en el derecho administrativo.
- d. Son o deben ser **GENERALES**: el servicio se establece para la satisfacción de una necesidad general o colectiva, no para la atención de sólo un determinado grupo humano. Lo importante es la necesidad y quien la tenga.
- e. Son o deben ser **OBLIGATORIOS**: ya que la noción de servicio público parte de la razón de ser del Estado, cual es la de servir al bien común, razón que se corresponde con el derecho que tienen los usuarios para exigirla del Estado, cuando sea necesario.
- f. Son o deben ser **EFICACES**: el objeto de todo servicio público es el descubrir necesidades y, en esa forma, promover mejores

niveles de vida para los usuarios. En ese sentido, los usuarios tienen también el derecho de exigir la calidad de la prestación.

A parte de las mencionadas características, existen dos conceptos más que integran la noción de servicio público, dignas de considerarse. El primero de ellos hace referencia a la titularidad estatal de los servicios públicos, el segundo al fin legitimador que ellos persiguen en última instancia.

La titularidad estatal de la actividad calificada legislativamente como servicio público, implica que el Estado se constituye en garante y responsable de la misma, en atención a que se orienta a la obtención de fines sociales considerados primordiales por el Estado. Pese a ello, tal titularidad no implica una exclusividad estatal en la ejecución de la prestación en que constituye dicho servicio, la misma que puede ser delegada a entes particulares, sin que ello implique que el Estado pierda la titularidad sobre el servicio público.³⁰

Por otro lado, respecto al mencionado fin legitimador; tenemos que la concepción del servicio público como instrumento idóneo para garantizar ciertas exigencias sociales, apunta a la necesidad actual de propugnar un retorno del Estado hacia el individuo, hacia la protección de

³⁰ Estudio Benítez, Mercado & Ugaz Abogados... Informe especial (Boletín). Lima, 1998, p. 3.

sus derechos civiles y a la necesidad de revalorizar la eficacia como dato legitimador del ejercicio del poder.³¹

Refiriéndose a varias de dichas características, DROMI afirma que:

Es necesario que el Estado garantice a los ciudadanos la calidad, regularidad y continuidad de los servicios públicos. Hace a la seguridad jurídica y a la solidaridad social que el hombre cuente con la satisfacción de las necesidades elementales. Sólo el Estado abastece y/o garantiza los servicios de electricidad, agua, gas, teléfono, como la prestación de justicia, educación y asistencia social. El ciudadano debe tener la seguridad de poder exigir servicios eficientes. Junto a la eficiente prestación de los servicios públicos, la protección social constituye tarea irrenunciable de un Estado que garantiza la seguridad jurídica.³²

³¹ THURY, Valentín... "Fundamentos y límites de la potestad sancionadora de los entes reguladores de servicios públicos". En Revista Argentina de Administración Pública, N° 207, 1995, p. 42.

³² DROMI, Roberto... Ob. Cit., p. 44.

2. C GESTIÓN REGULATORIA: ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

En un primer momento, la noción de servicio público sirvió de columna vertebral para la construcción del derecho administración clásica. En un segundo momento se trató de conferirle un régimen jurídico especial, distinto al régimen jurídico general de la actividad pública en función al replanteamiento de tres elementos: 1) el fin que cumple, 2) la organización que lo presta, y 3) la forma o régimen jurídico que lo regula.³³

Pero, que significa tal afirmación. ¿Cuál es ese “segundo momento”?

Sobre el fin o fines que cumplen la noción del servicio público y los servicios públicos en concreto, nos remitimos a lo expresado en las anteriores líneas. Toca tratar aquí el segundo de los tres temas planteados.

Al respecto cabe resaltar una idea ya expuesta: pese a ser el titular de la actividad calificada como servicio público, el Estado no monopoliza

³³ Ibidem, p. 620.

su prestación. Es decir, existen servicios que el Estado ejecuta directamente y otros que permite sean ejecutados por particulares.

A fin de explicar el tema, citaremos una clasificación de los servicios públicos,³⁴ que divide a los mismos en los tres siguientes grupos:

1. Servicios públicos PUROS, que son aquellos que la población recibe sin tener que abonar una suma alguna, son absolutamente gratuitos, por que están financiados con los ingresos de Estado. Es el caso de los antiguos hospitales estatales, de los caminos y carreteras, etc. Su tendencia es a desaparecer.
2. Servicios públicos PROPIOS, que son aquellos que directamente asume el Estado a través de sus dependencias. Ninguno es totalmente gratuito, pues se pagan algunos derechos o tarifas (por ejemplo, en el servicio de correo), o se paga un tributo directo (como ocurre a nivel municipal, con los servicios de alumbrado público, cuidado de jardines y limpieza pública).
3. Servicios públicos IMPROPIOS, que son aquellos prestados por entidades particulares. Es el caso del servicio de transporte público, farmacias, etc.

³⁴ PATRON FAURA, Pedro y PATRON BEDOYA, Pedro...Ob. Cit., p. 101-102.

Asumiendo que, en principio, un Estado presta todos los servicios públicos, de lo anterior surge una pregunta, ¿Cuándo un Estado decide no prestar por sí mismo determinado servicio público y permitir que sea un tercera particular quien lo haga?

EL ESTADO COMO ORGANIZADOR Y PRESTADOR.

Como hemos visto, el fin fundamental de un Estado es la búsqueda y consecución del bien común. Para lograr alcanzar dicho objetivo, debe empezar por atender las distintas necesidades y urgencias que brotan dentro de la comunidad; así, tal misión se pone en práctica mediante la organización y prestación de los distintos servicios públicos.

Sin duda, la responsabilidad del Estado en la organización y prestación de los servicios públicos, tiene su origen en su titularidad sobre ellos.

Dentro de una posición teleológica de los servicios públicos, dicha titularidad estatal supone una jerarquización de los fines estatales, en virtud de la cual se eligen los objetos a los cuales, el Estado dará atención prioritaria, tomando en consideración que dicha jerarquización debe tener

una base fáctica consistente en que la necesidad colectiva a ser satisfecha debe ser primordial.³⁵

De acuerdo a lo anterior, los objetivos que resulten elegidos serán considerados como servicios públicos; siendo éste el momento a partir del cual el Estado tiene la obligación de organizar su prestación, disponiendo el personal, la infraestructura, el presupuesto necesario y otros recursos para su ejecución.

A esta altura, no debemos olvidar que el Estado es por su propia naturaleza, un servidor público, debido a que está al servicio de su mandante, el pueblo. Lo cual implica que debe atender a los ciudadanos y cuidar de la sociedad, satisfaciendo sus necesidades.³⁶

LOS PARTICULARES COMO ORGANIZADORES Y PRESTADORES.

Como hasta ahora queda dicho, el servicio público es aquel conjunto de actividades y de prestaciones materiales que el Estado, como titular del mismo, realiza en forma directa o indirecta a través de terceros particulares, con el fin de satisfacer una necesidad colectiva, permanente o no, dentro de un marco regulatorio preestablecido.

³⁵ Benítez, Mercado & Ugaz Abogados... Ob. Cit., p. 1.

³⁶ DROMI, Roberto. ..Ob. cit., p. 55.

Es la forma indirecta de prestar el servicio público la que vincula a los particulares. Como ya se señaló, el Estado debe realizar una selección entre sus diversos fines, calificando a los más urgentes como servicios públicos. Pues bien, luego de este ejercicio, el Estado, antes de prestar los mismos tiene que preguntarse cuales es capaz de ejecutar.

La respuesta a la anterior pregunta pasa por elementos de distinta índole, como son la disponibilidad de recursos naturales, la disponibilidad de mano de obra, los niveles de desarrollo tecnológico, las características de la necesidad a satisfacer, disponibilidad de recursos financieros y otros.

Cuando luego de analizar las anteriores variables, el Estado advierte cierta inviabilidad en la gestión directa del servicio público, o tiene otras prioridades o compromisos que no puede distraer, recurre al concurso de los particulares en la organización y, sobretodo, en la prestación de los servicios públicos.

La modalidad más empleada por los distintos Estados con el fin de captar la participación de terceros en dichas tareas está constituido por los contratos de concesión de servicios públicos. Esta forma de gestión indirecta tiene entre sus principales características: la de originarse en el ejercicio de una facultad discrecional del Estado como parte del desempeño de la función administrativa, la de tener por objeto un servicio

público de preferente importancia económica, la búsqueda de la garantía de la continuidad y regularidad del servicio público, la instauración de un régimen de igualdad para los usuarios, entre otros.

En ese sentido, durante los últimos años, los contratos de concesión en general han servido en Latinoamérica como instrumento para la construcción de la llamada “economía de mercado” que hoy impera en el mundo; acentuándose así, la nota de colaboración del contratista en el logro del bien común, ya que los contratos públicos, además de constituirse en herramientas del programa de gobierno, adquieren un protagonismo en la edificación de un nuevo modelo de Estado.³⁷

LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS

Para comprender a cabalidad que son, que función cumplen, así como cuáles son las principales características de los contratos de servicio público, es necesario una revisión previa del tema de los contratos administrativos, una de cuyas especies está constituida precisamente por ellos.

Para hablar de concesiones de servicio público, debemos empezar señalando que se trata de un tipo de contrato administrativo, es decir de

³⁷ Ibidem, p. 341-342.

declaraciones bilaterales o de voluntad común, productoras de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.³⁸

Con el fin de individualizar los contratos de concesión de servicio público, observémoslo dentro de los principales tipos contractuales del derecho administrativo. Ellos son el CONTRATO DE EMPLEO PUBLICO, el CONTRATO DE SUMINISTRO, el CONTRATO DE OBRA PUBLICA, el CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA, y el CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO PÚBLICO.³⁹

Por el último de los contratos mencionados, el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, pública o privada, la organización y la prestación de un servicio público por un determinado lapso de tiempo. La labor se retribuye con el precio o tarifa pagado por los usuarios, o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez.⁴⁰

Entre las principales características de estos contratos se consideran su bilateralidad, ya que tenemos dos partes bien definidas: El Estado (concedente) y el particular (concesionario); su conmutatividad, ya que con antelación, cada una de las partes sabe cuales son sus derechos

³⁸ Ibidem, p. 345.

³⁹ SAGASTEGUI, Pedro; DIAZ, Roque; y JIMENEZ, Javier... La justicia administrativa en el Perú. Primera edición, Exituno impresores gráficos, Lima, 2002, pp. 306-307.

⁴⁰ DROMI, Roberto... Ob. Cit., p. 464.

y a que se encuentran obligadas; su onerosidad por que las partes se deben prestaciones y contraprestaciones; y finalmente, el ser *intuitu personae*, por cuanto la concesión debe ser ejercida personalmente por el concesionario, exclusivamente por su cuenta y riesgo, siendo imposible que ceda su posición contractual sin autorización del concedente. Dijimos que las partes del contrato eran el concedente y el concesionario. Si bien es cierto no intervienen en la celebración y formalización del contrato, los usuarios juegan un rol importante en la ejecución del mismo, por cuanto es a favor de ellos que el contrato se ha celebrado.⁴¹

Originalmente, dado el carácter prestacional que el Estado tenía en materia de servicio público, sólo podíamos hablar de la relación existente ente él y los usuarios.

Producto de lo comentado, se generan dos relaciones jurídicas entre los sujetos mencionados. La primera es la relación CONCEDENTE Y CONCESIONARIO a consecuencia del contrato de concesión, en la cual el primero aparece representado mediante un organismo regulador. Tal relación es denominada “Relación de organización de servicio público”.

La segunda relación es la que nace entre CONCESIONARIO Y USUARIO a consecuencia del contrato de prestación que el primero

⁴¹ SAGASTEGUI, Pedro; DIAZ, Roque; y JIMENEZ, Javier. Ob. Cit., p. 307.

celebra con cada uno de los usuarios en cumplimiento del contrato de concesión. Esta relación es llamada “relación de prestación del servicio público”.

Recordando que se trata en los tres casos de relaciones bilaterales y sin perjuicio los contemplados por norma específica, toca ver cuales son los derechos de cada sujeto interviniente frente a los otros dos.

Siguiendo a GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ,⁴² entre los principales derechos del Estado, quien actúa representado por el correspondiente órgano regulador, ubicamos los siguientes:

1. El derecho a dictar el marco normativo que regulará la prestación del servicio público. Es difícil precisar si este antes que derecho sea una obligación estatal en la medida que se trata de dar viabilidad al cumplimiento de uno de sus fines. Sin embargo, dentro de su relación con el concesionario, se trata de un derecho que tiene en su calidad de titular del servicio que ha delegado.

⁴² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón... Curso de Derecho administrativo. Novena edición, Civitas ediciones, Madrid, 1999, T. I., pp. 718-720.

2. El derecho de exigir al concesionario el cumplimiento de sus obligaciones. Como consecuencia del ejercicio del derecho anterior, el Estado tiene que velar que el concesionario desarrolle la prestación del servicio dentro de las normas que ha establecido para el efecto.
3. El derecho a inspeccionar y controlar la ejecución del contrato, el mismo que deriva directamente de los derechos antes consignados. La justificación de estos poderes radica en el hecho evidente de que la administración no puede legalmente desentenderse de la marcha de las actividades que son de su competencia, por cuanto el contrato no implica una renuncia a esa competencia, sino sólo una colaboración privada en su cumplimiento.
4. El derecho a interpretar unilateralmente el contrato, a fin de evitar que las posibles divergencias entre la administración y el contratista puedan desembocar en un perjuicio para el interés público, salvaguardando mediante el servicio. Al respecto, no se trata de que la administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de asegurar una decisión que provisionalmente permita

continuar el servicio sin interrupciones perjudiciales para el interés general.

5. Derecho a introducir todas las modificaciones que juzgue necesarias a efecto de lograr una mejor organización y funcionamiento del servicio, siempre que ello no implique alterar los derechos adquiridos por el concesionario. En ese sentido el interés general debe prevalecer en todo caso y circunstancia, por que, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias.

Siguiendo a DROMI,⁴³ entre los principales derechos del concesionario tenemos a los siguientes:

- a. Derecho a percibir un precio de parte de los usuarios, el mismo que es fijado por el concedente con su concurso. Al respecto cabe señalar que la revisión periódica de las tarifas es jurídica, legítima y económicamente necesaria.
- b. Derecho a la no variación de las cláusulas del contrato. Quedan a salvo los asuntos estrictamente técnicos y las variaciones que pueda realizar la administración, las cuales deberán estar necesariamente sustentadas en causas de

⁴³ DROMI, Roberto. Ob. Cit., p. 469.

interés público y no podrán alterar ningún derecho subjetivo otorgado a la concesionaria.

- c. Derecho a gozar de determinados “privilegios”. Entre los principales se cuentan al “monopolio natural” o supresión de la libre concurrencia en la prestación del mismo servicio, debido a condiciones técnicas, y la “exclusividad” o compromiso de la administración de no otorgar nuevas concesiones para el mismo servicio. Tales privilegios suponen una excepción al derecho común.

Si bien, como ya se refirió, los usuarios no forman parte del contrato de concesión, son el sector en beneficio del cual se celebra el mismo. Debido a ello, tienen una serie de derechos ante el concedente y ante el concesionario. Entre ellos figuran:

- ✍ Derecho a percibir el suministro en forma permanente, regular y oportuna. De acuerdo a la naturaleza del servicio, los usuarios tienen derecho a que el mismo les sea prestado cada vez que la necesidad se haga presente.
- ✍ Derecho a la información acerca de los diversos aspectos de la prestación del servicio, en su calidad de consumidores finales.

✍ Derecho a formular solicitudes y reclamos, como consecuencia de la prestación defectuosa del servicio, excesivos cobros o por alguna causa, ante la propia concesionaria o ante el organismo supervisor, de acuerdo a ley.⁴⁴

2. D DESREGULACIÓN, PRIVATIZACIÓN, LIBERALIZACIÓN Y LIBRE COMPETENCIA: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA GESTIÓN PRIVADA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Hasta este momento, nos hemos referido a la teoría de los servicios públicos básicamente desde una óptica que ha priorizado su aspecto técnico – jurídico, o dicho con más propiedad, técnico – administrativo. Sin embargo, el sostén de dicha teorización y de su aplicación, depende no sólo de elementos de la esfera jurídica: nos vemos obligados a salir de las coordenadas tradicionales, demarcadas por las exigencias de la formalidad legal, para ingresar en la economía.

El punto inicial de la teoría de los servicios públicos en su visión económica, es la partición o división entre lo público y lo privado. El

⁴⁴ Derecho que tendría su origen en el derecho de petición consagrado por el artículo 2 inciso 20 de la Constitución Política vigente.

análisis de tal diferenciación parte a su vez de la calidad de los bienes económicos que se pongan en juego.⁴⁵

Toda referencia a bienes económicos nos lleva a otro compartimiento de nuestro estudio, conformado por la noción de “mercado”. Todo mercado trabaja con bienes económicos, razonamiento que nos devuelve a la diferenciación inicial, por cuanto el carácter público o privado de tales bienes, nos permitirá hablar de la existencia de un mercado “público” o de un mercado “privado”. Pero también podremos decir que estamos al frente de uno u otro mercado, según cuan pronunciada sea la participación del Estado en el mercado en cuestión. Así, un mercado podrá ser llamado público si la intervención del Estado es mayor, y privado dependiendo de qué tanto dicha tendencia se invierta a favor de los sujetos privados.

Lo anterior, conduce necesariamente a la conceptualización y consiguiente diferenciación de “bienes públicos” y “bienes privados”, y correlativamente, los diversos tipos de mercados que a cada categoría de bienes pueda corresponder.

Siguiendo al escritor argentino GONZALES MORAS, podemos decir que los bienes públicos son aquellos caracterizados por su:

⁴⁵ GONZALES MORAS, Juan. Ob. Cit., p. 132.

a) no rivalidad en el consumo (*non rivalness in consumption* o *jointness of supply*), característica que, en el caso de algunos autores, es conceptualizada como indivisibilidad o inagotabilidad; y

b) no exclusión (*non excludability*).

El primer elemento caracterizante significa que los consumidores consumen necesariamente la misma cantidad del bien considerado; lo que a diferencia con lo que sucede con un bien privado, no hace disminuir la cantidad de bien público disponible por los consumidores. Esto depende de hecho, de la presencia de alguna forma de indivisibilidad en la naturaleza técnica o económica del mismo bien. Ejemplos típicos de esta característica, se encuentran en las actividades militares de defensa, que si por un lado alcanzan a todos los ciudadanos de un territorio dado se independizan, a su vez, totalmente de la contribución al sistema productor de esos bienes por parte de los mismos ciudadanos.⁴⁶

El segundo elemento caracterizante de los bienes públicos, esto es, el principio de “no exclusión”, significa que no existen materialmente, o que voluntariamente (políticamente) no son puestas en práctica medidas eficaces para excluir a algún sujeto del consumo del bien; o tales para subordinar el consumo a un pago directo (lo importante, sin embargo, es la ausencia no de la contribución – que siempre existe - , pero sí de

⁴⁶ Ibidem, p. 134.

mecanismos que hagan depender el goce del bien a un correspondiente pago proporcional al interés del simple consumidor).⁴⁷

Las categorías de bienes públicos tal como han sido definidas, no son susceptibles de ser encontradas en la realidad de las economías nacionales, que hacen referencia a una categoría de bienes públicos en sentido propio o puro. La caracterización de los bienes públicos como “impuros”, pone progresivamente el acento en la intervención del poder público, no ya en la faz productiva de los mismos, sino en lo que respecta a la esfera de su consumo.

A consecuencia de lo anterior, la regulación de los mercados, tenderá a una especialización también progresiva, a una tecnocratización del control de los mismos, lo que apuntará a su vez, al recurso a las denominadas agencias o autoridades independientes, a efectos de una regulación neutral o no explícitamente política del sector; y a la sanción de las cartas de los servicios públicos, destinadas principalmente a establecer estándares mínimos de calidad en la prestación de los mismos.⁴⁸

Dentro de la lógica expuesta, surgen los organismos reguladores.

⁴⁷ Ibidem, p. 134.

⁴⁸ Ibidem, p. 135.

Sin embargo, de manera paralela a lo expuesto hasta aquí, debemos indicar que existen dos fenómenos que están detrás de los cambios que está experimentando la regulación tradicional de algunos servicios públicos. Ellos son la LIBERALIZACIÓN y la PRIVATIZACIÓN. Su comprensión y diferenciación son elementales para continuar con nuestro tema.

La liberalización es un fenómeno ligado a la competencia, que consiste en crear un mercado (esto es, abrir a la competencia) en sectores en los que hasta la actualidad se excluía la libre iniciativa privada, o en introducir más competencia en sectores donde ya había libertad de empresa, pero que estaban sometidos a ciertas regulaciones restrictivas de la misma (en este segundo sentido, que aquí interesa menos, se habla de liberalización, por ejemplo, cuando se eliminan o reducen las barreras al comercio exterior, o se suprimen regulaciones restrictivas de la competencia que afectan al ejercicio de profesiones tituladas, al comercio minorista, etc.).⁴⁹

La privatización, en cambio, es un fenómeno relacionado con la dialéctica entre gestión pública o privada, que consiste en trasladar la gestión de una actividad o empresa de manos públicas a manos privadas, del sector público al privado. A diferencia de la liberalización, la privatización puede conducirse a través de distintas situaciones.

⁴⁹ VALENCIA MARTIN, Germán. Ob. Cit., p. 384.

Una primera forma de privatización es aquella que se presenta en las formas de actuación del sector público, que se da cuando dicho sector se limita a adoptar los modos de actuación del sector privado. Estaremos así ante organismos públicos sujetos parcialmente al derecho privado, ante transformaciones de entidades de derecho público en sociedades anónimas. Como se puede apreciar, no se trata de una auténtica privatización, porque la actividad sigue estando en manos públicas (es llamada por eso privatización formal o ficticia), pero puede merecer una distinta valoración según los casos: en algunos puede ser un instrumento adecuado para el cumplimiento de determinadas funciones o un paso necesario antes de consumir una auténtica privatización, y en otros un fenómeno fraudulento o al menos discutible de huída del derecho público.⁵⁰

La segunda modalidad de privatización es aquella que recae sobre aspectos secundarios de la gestión de un servicio público. Se presenta cuando se recurre a la contratación privada de actividades meramente auxiliares o instrumentales de la prestación de un servicio público (como, por ejemplo, la limpieza y mantenimiento o la seguridad de un edificio público) o de ciertos segmentos de un servicio público (como por ejemplo, la contratación de las cadenas públicas de televisión de ciertos espacios de su programación con productoras privadas). Es una réplica dentro del

⁵⁰ Ibidem, p. 385.

sector público del fenómeno conocido en el sector privado como *outsourcing*.⁵¹

La tercera variante privatizadora, consiste en la gestión del servicio público propiamente dicho o principal, sin cambio de la titularidad del mismo, es decir, manteniendo la consideración de la actividad como servicio público, cuya titularidad y responsabilidad últimas sigue siendo pública. Se trata, pues, del simple paso de la gestión directa del servicio público a alguna modalidad de gestión indirecta (como es el caso de las variantes del contrato administrativo de gestión de servicios públicos: concesión, gestión interesada, concierto o empresa mixta). Así, vemos que la actividad considerada previamente como servicio público no pierde su condición de tal.⁵²

Una cuarta forma de privatización, es la venta o cualquier otra forma de enajenación de una entidad pública al sector privado. Se trata de la modalidad de privatización por antonomasia, y por ende es la más conocida, aunque no la única. La enajenación de una entidad del sector público puede requerir su previa transformación en sociedad mercantil (si antes estaba organizada como entidad del sector público). Puede presentarse en sectores calificados como servicios públicos, como en otros que no gocen de esa calificación, en los cuales el sector público venía desarrollando una actividad empresarial en concurrencia con el

⁵¹ Ibidem, p. 385.

⁵² Ibidem, p. 385.

sector privado, al amparo de la iniciativa pública en la actividad económica.⁵³

Vemos entonces que liberalización y privatización, constituyen dos fenómenos diversos entre sí, que tienen unas razones de ser también distintas. Con las medidas de liberalización económica lo que se busca son las ventajas de la competencia frente a las situaciones de monopolio, en términos de ampliación de la oferta y posibilidades de elección del consumidor, mejora de la relación entre calidad y precio, mayor potencia de adaptación a los cambios tecnológicos, etc. Por su parte, detrás de las distintas modalidades de privatización, como justificación general válida para cualquiera de ellas, está la idea de la superioridad del empresario privado sobre el público y de que, por lo tanto, trasladar la gestión de una actividad al sector privado puede ser más rentable y eficiente para el propio sector público o para el conjunto de la economía, a lo que se une, en el caso de la enajenación de empresas públicas rentables, la pretensión de obtener fondos para el erario público con el fin de cubrir algún déficit presupuestarios.⁵⁴

En el caso peruano, la profundidad de las reformas, en especial en cuanto al alcance de la privatización, es desigual en los diferentes sectores que ellas han sido aplicadas. A pesar de tal disparidad, los resultados del proceso en términos de la oferta de los servicios son

⁵³ Ibidem, p. 386.

⁵⁴ Ibidem, p. 386.

positivos e importantes, aunque todavía subsisten ciertos problemas que pueden explicar por qué en algunos sectores como el agua y la electricidad los impactos en el bienestar son reducidos e incluso negativos.⁵⁵

Sobre el punto, pese a que la cobertura de agua potable ha crecido sustancialmente, su calidad es pobre y el servicio sufre constantes interrupciones. En cuanto al sector eléctrico, este muestra notorias mejoras pero los beneficios de la privatización aun no han alcanzado a importantes zonas urbanas del país. Ello puede explicar por qué los consumidores en promedio no experimentan una mejora en su bienestar.

En contraste a lo anterior, el servicio público de telecomunicaciones es el sector donde se han registrado los mayores avances desde su privatización. Tanto en términos de oferta y demanda, así como de desarrollo tecnológico, los resultados son positivos.

Lo anterior nos hace creer que los servicios públicos en el Perú aún necesitan de grandes mejoras, sobretodo en los sectores de agua potable y electricidad, en los cuales las reformas están incompletas e incluso – en algunos segmentos – todavía inexistentes. Un importante punto de cara a dicha tarea está constituido por los planes tarifarios existentes, respecto a los cuales se deben formular replanteamientos que permitan a los

⁵⁵ TORERO, Máximo y PASCÓ FONT, Alberto... El impacto social de la privatización y de la regulación de los servicios públicos en el Perú.

productores y consumidores obtener mayores beneficios tanto en ingresos como en bienestar, respectivamente.⁵⁶

3. MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

En épocas en que el Estado prestaba los servicios públicos, ya sea directamente o a través de empresas estatales, no existía instancia alguna en sede administrativa para la solución de controversias con los usuarios o con otros agentes vinculados. Es recién con la privatización de empresas de servicios públicos y el inicio del proceso de otorgamiento de concesiones que se toma conciencia de la necesidad de establecer mecanismos ágiles y técnicos para la solución en sede administrativa de los posibles conflictos que se suscitan en dicho ámbito.

Lo anterior explica porqué prácticamente todos los organismos reguladores mencionados fueron creados otorgándoseles la potestad de solucionar los conflictos que pudieran generarse entre las empresas del sector y sus usuarios.

(http://www.grade.org.pe/asp/brw_pub11.asp?id=384).

⁵⁶ Ibidem.

La mencionada función, pone en evidencia el cambio del rol del Estado, que ha pasado de ser prestador y gestor directo de las actividades calificadas como servicios públicos, para desarrollar más bien el papel de regulador de las condiciones de prestación del servicio a cargo de empresas concesionarias particulares, contando entre sus instrumentos de regulación la potestad de resolución de controversias entre los diversos agentes del sector y sus clientes. En ese sentido, corresponde al ente regulador arbitrar entre intereses contrapuestos, es decir, articular los diferentes intereses de los prestadores con los de los clientes o usuarios a fin de armonizarlos con el interés público comprometido en la actividad de servicio público.⁵⁷

La Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores ha diferenciado en su artículo 3 entre la función de resolver controversias que involucra principalmente a las empresas prestatarias con la función de resolución de reclamos de los usuarios. El texto de la norma es el siguiente:

“Artículo 3: Funciones...

(...).

e) Función de solución de controversias comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o

⁵⁷ DANOS ORDOÑEZ, Jorge...“Los organismos reguladores de los Servicios públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios”. En: Derecho administrativo (autores varios). Asociación peruana de Derecho administrativo, primera edición, Jurista editores, 2004, p. 436.

empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados;

f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.”

La norma transcrita, parece estar inspirada en la experiencia del OSIPTEL, que tempranamente dictó un marco regulador diferenciado para ambas potestades, tomando en cuenta las peculiaridades de los temas y sujetos involucrados en ambas clases de conflictos.

En el caso de la función de resolver controversias, los sujetos son las de empresas operadoras y los conflictos versan sobre la observancia de las normas de libre competencia en el sector, interconexión, derecho de acceso a la red, etc. Tratándose de la función de resolución de los reclamos de los usuarios las partes involucradas son las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones y los usuarios reclamantes, y los conflictos versan sobre facturación, calidad del servicio, etc.

Además, la citada Ley Marco ha dispuesto que todos los organismos reguladores deben contar en su estructura con un órgano especializado para tal objeto denominado “Tribunal de solución de

controversias” como última instancia administrativa, para lo cual se establece su conformación (a cargo de cinco miembros) y las reglas de su designación, principalmente a cargo de entidades del Estado, disponiendo que se les aplicarán los mismo requisitos de idoneidad e incompatibilidades que se exigen para integrar el Consejo Directivo de los organismos reguladores.

En esa misma línea, con la intención de poner un énfasis en la autonomía técnica y funcional del citado Tribunal respecto del organismo regulador, se prohíbe que sus miembros puedan ser simultáneamente integrantes del Consejo Directivo. El objetivo es que los indicados tribunales de solución de conflictos de cada uno de los organismos reguladores constituyan órganos neutrales, integrados por expertos técnicos, que actúen independientemente tanto respecto del propio organismo regulador, del Gobierno y de los agentes privados involucrados en la resolución de las controversias sometidas a su conocimiento, para generar seguridad jurídica en el mercado.

En el Perú, a diferencia de otros países de nuestro entorno, no se admite que la administración pública pueda ejercer función jurisdiccional porque no lo permite la Constitución, la que reserva el ejercicio de dicha función al Poder Judicial y a otros órganos constitucionales, como es el caso del Tribunal Constitucional y del Jurado Nacional de Elecciones, dentro de sus respectivas materias. Por tanto, los citados Tribunales de

solución de controversias no obstante resolver tales, lo hacen en ejercicio de potestades administrativas.⁵⁸

Respondiendo a ello, la Ley N° 27444, Ley del procedimiento administrativo general, ha regulado de manera específica los denominados “procedimientos administrativos trilaterales” para encauzar aquellos supuestos en los que la ley confiere potestades a los órganos de la administración pública para resolver en sede administrativa controversias que enfrenten a dos o más particulares entre sí, todo ello sin perjuicio de que la parte que se sienta afectada, en virtud del derecho a la tutela judicial, pueda acudir a la justicia para cuestionar la legalidad de la decisión administrativa.

Las reglas que rigen los citados procedimientos han sido dictadas por los propios organismos reguladores que en ejercicio de su función normativa están legalmente facultados para aprobar normas de procedimiento administrativo especial que se aparten de la ley general antes mencionada, la cual conserva una función supletoria. Tales disposiciones han creado instancias previas de resolución de los conflictos a cargo de la entidad. Estos órganos colegiados encargados de resolver en primera instancia administrativa normalmente están formados por funcionarios del ente regulador designados por su Consejo Directivo, por lo que no necesariamente cuentan con las garantías de

⁵⁸ Ibidem, p. 437.

independencia funcional, que sí se espera de los miembros del Tribunal de solución de controversias, que resolverá en última instancia administrativa. Sus decisiones no pueden ser controvertidas en sede administrativa ni pueden ser objeto de declaratoria de nulidad de oficio.

Las empresas prestadoras no pueden dirimir sus controversias ante el Poder Judicial si previamente no las han sometido al procedimiento administrativo bajo comentario. Las competencias de los organismos reguladores a través de sus cuerpos colegiados y de su tribunal, ha sido establecida con carácter obligatorio y previo a la posibilidad de que las empresas ventilen sus conflictos ante las instancias jurisdiccionales.

De acuerdo a la ley marco, las resoluciones expedidas por los indicados tribunales que interpreten de manera expresa y general el sentido de las normas y regulaciones correspondientes a la materia constituyen precedentes de observancia obligatorias, lo cual coincide con la regulación general prevista en los artículos V y VI del Título preliminar de la Ley N° 27444. La intención del legislador ha sido el garantizar la predictibilidad de las decisiones del regulador para que los agentes económicos vinculados al sector puedan tener certeza para orientar sus actuaciones.

Los mismos dispositivos dictados por los organismos reguladores disciplinando los procedimientos administrativos especiales para la resolución de controversias entre prestadores de servicios públicos, han previsto la posibilidad del recurso a técnicas alternativas de resolución de controversia como la conciliación y el arbitraje.

Como ya se indicó, la Ley Marco también ha conferido a los organismos reguladores la potestad de resolver en sede administrativa conflictos entre las empresas prestadoras y los usuarios de los servicios que regulan, lo cual representa una competencia que han ejercido desde sus inicios.

De forma similar a lo sucedido con la resolución de los conflictos entre empresas prestadoras, hasta antes del comienzo del proceso de promoción de la inversión privada en servicios públicos, es decir, cuando la prestación de estos se encontraba básicamente en manos del Estado a través de empresas estatales, no existía ningún tipo de procedimiento que prestara las debidas garantías para que los usuarios que se considerasen afectados por las empresas prestadoras estatales pudiesen acudir a alguna instancia administrativa especializada para formular sus reclamos con instancias y plazos definidos.

Económicamente hablando, se justifica la intervención de los organismos reguladores en la solución de los reclamos que los usuarios formulen frente a las empresas prestadoras en las siguientes razones:⁵⁹

- La asimetría de la información entre los usuarios y las empresas prestadoras.
- Los altos costos de acudir al Poder Judicial, muchas veces para reclamos de poco monto.
- Las restricciones que enfrentan los usuarios para poder cambiar de proveedor, principalmente en aquellas actividades en las que operan monopolios naturales o no existen sustitutos plenamente similares.

Las reglas para la tramitación de los procedimientos administrativos de solución de reclamos de usuarios son dictadas por los organismos reguladores para sus respectivos ámbitos de competencia en ejercicio de la potestad normativa que la Ley Marco otorga a su Consejo Directivo. Siguiendo tales disposiciones, los usuarios deben acudir en primera instancia a formular sus reclamos ante la propia empresa prestadora del servicio, lo que da inicio a un procedimiento administrativo especial que la empresa debe tramitar aplicando las normas aprobadas para tal efecto por el particular órgano regulador. Al respecto, la Ley N° 27444 es de

⁵⁹ Ibidem, p. 447.

aplicación supletoria, a partir de lo normado en el numeral 8) del artículo I de su Título preliminar. Según dicha norma:

Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

La empresa prestadora esta sujeta a las disposiciones que regulan la tramitación del procedimiento de atención de reclamos de usuarios aprobadas por el respectivo organismo regulador, sus decisiones pueden ser apeladas ante órganos especializados del regulador, generalmente constituidos como tribunales administrativos. Es el caso del Tribunal administrativo de solución de reclamos de usuarios de OSIPTEL, conocido como TRASU, del Tribunal administrativo de servicios de saneamiento de la SUNASS, conocido como TRASS, del Tribunal de OSITRAN, y de la Junta de apelaciones de reclamos de usuarios del OSINERG, llamado JARU.

El objeto de los reclamos comprende las controversias referidas a temas como importes facturados, calidad de servicio, suspensión o corte del servicio, etc. En el caso de los usuarios del servicio público de energía y de las empresas prestadoras bajo el control del OSITRAN, no existe un plazo para la formulación de sus reclamos. Ello no ocurre en el caso de

los servicios públicos de telecomunicaciones y de saneamiento, en los cuales el plazo regulado es de 15 días hábiles. La brevedad de tal plazo, ha provocado reacciones en su contra, destacando aquella formulada por la Defensoría del Pueblo.⁶⁰ Así, el OSIPTEL aprobó una directiva ampliando el plazo a dos meses, y disponiendo incluso su no computo cuando el reclamo verse sobre problemas de calidad, instalación, suspensión o corte del servicio, y otros casos.

Los usuarios no están obligados al pago de los servicios por la parte que es objeto de reclamación, ello, en virtud del artículo 14 de la Ley de protección al consumidor y de los diversos reglamentos que norman los procedimientos administrativos de resolución de reclamos dictados por los organismos reguladores. Tales reglamentos prohíben que las empresas prestadoras suspendan la prestación del servicio, exijan el pago o carguen el importe cuestionado a la facturación mensual que se emita con posterioridad al inicio del procedimiento de reclamo, o resuelvan el contrato que tengan con el reclamante, en tanto no se agote la vía administrativa.

La demora de las empresas prestadoras en la resolución del reclamo dentro de los plazos fijados para ello determina la aplicación del

⁶⁰ Mediante Resolución Defensorial N° 031-2001-DP, publicada el 08 de agosto del 2001, se aprobó el Informe Defensorial N° 59, denominado "Plazo para la interposición de

silencio administrativo positivo a favor del usuario reclamante, como una forma de sanción a la empresa que no ha cumplido con su obligación diligentemente.

Refiriéndonos ya al procedimiento de apelación tramitado en segunda instancia ante el respectivo tribunal administrativo del organismo regulador, si la empresa operadora no cumple con elevar la documentación relacionada con el recurso de apelación que haya presentado el usuario dentro de los plazos establecidos, se podrá presumir que la empresa ha reconsiderado su decisión y reconocido el sustento del reclamo del usuario.

Conforme se puede apreciar, la regulación del procedimiento de solución de reclamos de los usuarios es decididamente protectora de estos, ya que tiene por objetivo impedir que el lado fuerte de la relación – las empresas prestadoras – desatiendan su deber de resolver con apego a las reglas de la materia y del debido proceso los reclamos de sus usuarios.⁶¹

Según nos refiere DANOS ORDOÑEZ, cuando las empresas prestadoras resuelven los reclamos formulados por sus usuarios, lo hacen en tanto concesionarios de un servicio público sujetos a las normas que disciplinan el régimen peculiar del mismo. Por tanto actúan como

reclamos de usuarios en el servicio público de telecomunicaciones.”

⁶¹ DANOS ORDOÑEZ, Jorge. Ob. Cit., pp. 450-451.

particulares obligados a aplicar normas de procedimiento administrativo para resolver los conflictos suscitados con otros particulares – sus usuarios -, situación que, sin embargo, no implica obviamente que formen parte de la estructura de la administración pública estatal, ni que sus decisiones puedan considerarse formalmente actos administrativos en los términos que establece el Título I de la Ley N° 27444, Ley del procedimiento administrativo general.⁶²

Por el contrario, siguiendo al mismo autor, cuando el organismo regulador conoce en vía de apelación de las resoluciones de las empresas concesionarias, a través de su respectivo tribunal administrativo, nos encontramos frente a un procedimiento administrativo de tipo triangular, en el que como se ha referido antes, el órgano administrativo a cargo de resolver el reclamo debe articular los intereses privados contrapuestos y armonizarlos con el interés público.⁶³

Las decisiones de los organismos reguladores que resuelven en segunda y última instancia las apelaciones de los usuarios contra las resoluciones en primera instancia de las empresas operadoras de servicios públicos agotan la vía administrativa y son susceptibles de impugnación judicial vía proceso contencioso administrativo por cualquiera de las dos partes intervinientes en el fenecido procedimiento administrativo.

⁶² Ibidem, p. 451.

⁶³ Ibidem, p. 451.

En cuanto a las pruebas que se pueden actuar durante los procedimientos de solución de reclamos de los usuarios, en el ámbito de los servicios públicos de saneamiento y de electricidad cuya facturación al usuario se basa en el volumen del consumo registrado en los respectivos medidores, existe normativa que faculta a realizar la denominada contrastación de los medidores a cargo de empresas acreditadas técnicamente para dicha tarea por la Comisión de reglamentos técnicos y comerciales del INDECOPI. En cambio, tratándose del servicio público de telecomunicaciones, el Tribunal administrativo de OSIPTEL (TRASU) ha aprobado y publicado lineamientos resolutivos que tienen por objetivo orientar a los agentes que actúan en el mercado de las telecomunicaciones, permitiéndole conocer los criterios generales que adopta el citado tribunal para resolver los reclamos de los usuarios que son sometidos a su conocimiento en vía de apelación.

Los lineamientos resolutivos recién mencionados tienen un común denominador. Partiendo de la premisa que, conforme a las peculiaridades del servicio público de telecomunicaciones, en el que es inexistente un sistema de medidores de consumo, la carga de la prueba se traslada al concesionario, puesto que en su poder obra la documentación e información de mayor consistencia, la cual precisamente tendrá mayor importancia para sustentar la resolución de segunda instancia.

Las normas que regulan los procedimientos administrativos especiales para atender los reclamos de los usuarios contemplan también la posibilidad de que las partes pueden arribar a acuerdos conciliatorios que en virtud de lo dispuesto por el artículo 228 de la Ley N° 27444, Ley del procedimiento administrativo general, deberán ser sometidos a la aprobación del respectivo tribunal administrativo, que en caso de ser otorgada agota la vía administrativa.

4. REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

4. A REGULACIÓN EN TELECOMUNICACIONES.

Sin duda el panorama de las telecomunicaciones en el Perú cambio el 07 de noviembre de 1991, día en que se publicó el Decreto Legislativo N° 702, denominado ley de telecomunicaciones a partir de la Ley N° 26096, cuyo texto único ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC publicado el 06 de mayo de 1993, cuyo artículo 2 estableció que:

“Artículo 2: Declárese de interés la modernización y desarrollo de las telecomunicaciones, dentro de un marco de libre competencia.

Su fomento, administración y control corresponde al estado, de acuerdo a la presente ley.”⁶⁴

Definiendo el referido marco de libre competencia, el artículo 6 de la misma norma señala que:

“Artículo 6: El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los defectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas o acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en mercado.

Igualmente el estado fomenta la participación de los usuarios de servicios de telecomunicación, en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de estos servicios.”

Dado su eminente naturaleza técnica, resulta imposible hablar de las telecomunicaciones en forma general. En este sentido, el decreto legislativo en mención y su texto único ordenado consideran cuatro clases de telecomunicaciones:

1.- SERVICIOS PORTADORES, definidos como aquellas telecomunicaciones que se utilizan para transportar las señales que

⁶⁴ Texto conforme a la sustitución realizada por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 766, publicado el 15 de noviembre de 1991.

servirán en la prestación de las otras tres clases de telecomunicaciones.

2.- SERVICIOS FINALES, entre los cuales se encuentran todas aquellas formas de telecomunicaciones que sirven para la comunicación entre los usuarios. Aquí se sitúan los diversos servicios de telefonía, telex y telégrafo, entre otros.

3.- SERVICIO DE DIFUSIÓN, que agrupa a la forma de comunicación en un solo sentido, es decir, aquellas en las que existen un emisor y uno o muchos receptores. Aquí podemos ubicar a la radio y a la televisión, y;

4.- SERVICIOS DE “VALOR AÑADIDO”, que son aquellos que sirviéndose de alguno de los tres grupos antes mencionados, añaden al servicio que prestan alguna especial característica, ventaja o facilidad. Entre ellos encuentran el facsimil, el teleproceso, la telealarma, el almacenamiento y retransmisión de datos, entre otros.

Surge entonces una pregunta: ¿todos los servicios tienen el carácter de públicos?.

La respuesta es no. De acuerdo al artículo 40 del texto único ordenado, sólo son servicios públicos aquellos:

- 1) reconocidos expresamente como tales por la ley o su reglamento,
- 2) que estén a disposición del público en general, y
- 3) que se efectúen a cambio de una contraprestación.

En ese orden de ideas, pueden ser servicios públicos los servicios portadores, los servicios finales y los de difusión.

Al igual de lo que ocurre para la prestación del servicio público de electricidad, el legislador también ha elegido a los contratos de concesión como el vehículo más idóneo para el fomento de la inversión privado en el rubro de las telecomunicaciones.

Sobre el tema, el artículo 47 de la norma en comentario establece que:

“Artículo 47: Llámese concesión al acto jurídico mediante el cual el estado cede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar un servicio portador, final o de difusión con carácter público. La concesión se perfecciona mediante contrato escrito de concesión, aprobado por resolución del titular del sector.”

Como es evidente, dada la naturaleza contractual de una concesión y el carácter público de los servicios a prestarse, tocaba el estado peruano reservarse las facultades de control y fiscalización de dicha prestación, en

ese sentido, el decreto legislativo n° 702, en su texto original, creó el organismo supervisor de la inversión en telecomunicaciones (en adelante OSIPTEL), en reemplazo de la ex Comisión Reguladora de Tarifas de Comunicaciones, como un organismo público adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros⁶⁵ con autonomía administrativa, económica y financiera.

Entre las principales funciones que le reconoció su norma de creación tenemos:

- 1) mantener y promover una justa y efectiva competencia entre los prestadores de servicios portadores, finales y de difusión,
- 2) expedir directivas procesales para la solución de los reclamos de los usuarios y de las controversias que se susciten entre los prestadores de servicio,
- 3) resolver dichas controversias, y
- 4) fijar las tarifas de los servicios de telecomunicaciones.

Las funciones de OSIPTEL fueron ampliadas y precisadas en normas posteriores, entre las cuales se encuentran la ley de telecomunicaciones, cuyo texto único ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC, que también regula las cuatro clases de servicios de telecomunicaciones. Otra normas son la Ley N° 26285, la Ley N° 27322 y

⁶⁵ En virtud del artículo 2 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

la Ley N° 27336, que desarrolla sus funciones supervisora y sancionadora.

Es a partir de la Ley N° 27332 que todos los organismos reguladores tienen seis clases de funciones: supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora- sancionadora, solución de controversias y solución de reclamos. En el caso de OSIPTEL, las mismas son detalladas en su actual reglamento general, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM publicado el 02 de febrero del 2001.

4. B REGULACIÓN DE ENERGÍA.

El régimen legal que reguló el servicio público de electricidad estaba constituido por la Ley N° 23406, ley general de electricidad cuyo texto ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-92-EM.

El 19 de noviembre de 1992, se publicó el Decreto Ley N° 25844, ley de concesiones eléctricas, cuyo artículo 3 estableció que:

“Artículo 3: se requiere concesión para el desarrollo de cada una de las siguientes actividades: a) la generación de energía eléctrica que utilice recursos hidráulicos y geotérmicos, cuando la potencia instalada sea superior a 10 MW; b) la transmisión de energía

eléctrica cuando las instalaciones afecten bienes del estado y/o requieran la imposición de servidumbre por parte de éste; y c) la distribución de energía eléctrica con carácter de servicio público de electricidad, cuando la demanda supere los 500 KW (...).

Generación, transmisión y distribución son las tres clases de concesiones existentes en la actividad eléctrica. La primera es aquel tipo de concesión que el estado otorga a las empresas que van a producir la energía eléctrica en base de recursos hidráulicos y geotérmicos. La segunda clase corresponde a las concesiones otorgadas a las empresas que se encargan de transportar la energía eléctrica desde las plantas de generación hasta los centros habitados o industriales que requieren de ella para el desarrollo normal de sus actividades.

Dicha norma tiene una primera gran consecuencia. Con su vigencia, el estado escogía a los contratos de concesión como el único instrumento jurídico para fomentar la inversión privada en el sub sector de energía eléctrica. De allí en adelante, los tres momentos de la actividad eléctrica serían operados por particulares.

Una segunda consecuencia es la clara separación que se hace de las tres actividades. Cada una sería entregada en concesión a distintas empresas, la responsabilidad de estas ante el estado se encontraría

delimitada. Lo mismo ocurriría con el ejercicio de las facultades de control, fiscalización y eventual sanción.

Como corolario de la segunda, una tercera consecuencia era la plena identificación del servicio público de electricidad con la última de las tres etapas: la distribución de energía eléctrica, por ende, son las concesiones de distribución las que importan a nuestro trabajo. Ellas se otorgan a las empresas que van a suministrar de energía eléctrica directamente a los usuarios, sean estas empresas del sector productivos, del sector servicio o simples consumidores domésticos.

Como es evidente, dada la naturaleza contractual de una concesión y el carácter público del servicio de las empresas distribuidoras prestan, tocaba al Estado peruano reservarse las facultades de control y fiscalización de la prestación del mismo. Con ese y otros propósitos, el día 30 de diciembre de 1996, se publicó la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (en adelante OSINERG), adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros,⁶⁶ cuyo artículo 1 dice lo siguiente:

“Artículo 1.- Créase el organismo supervisor de la inversión en energía (OSINERG), como organismo fiscalizador de las actividades que desarrollan las empresas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos (...).”

⁶⁶ En virtud del artículo 2 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

Precisando su artículo 5, que:

“Artículo 5.- son funciones del OSINERG: a) velar por el cumplimiento de la normatividad que regula la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario; b) fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los contratos de concesiones eléctricas y otras establecidas por la ley; c) fiscalizar que las actividades de los subsectores e hidrocarburos se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas.”

Es a partir de la Ley N° 27332 que todos los organismos reguladores tienen seis clases de funciones: supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora- sancionadora, solución de controversias entre concesionarios y solución de reclamos de los usuarios. En el caso de OSINERG, las mismas son detalladas en su actual Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, publicado el 09 de mayo del 2001.

Dicho reglamento precisa en su artículo 49, modificado por Decreto Supremo N° 055-2001-PCM, los órganos que componen el OSINERG:

- a) el consejo directivo,
- b) la presidencia,

- c) la gerencia general,
- d) la gerencia general de regulación tarifaria,
- e) el tribunal de solución de controversias,
- f) la junta de apelaciones de reclamos de usuarios,
- g) los cuerpos colegiados, y
- h) los demás que determine el consejo directivo.

Entre tales órganos, son dos los de mayor importancia: el consejo directivo y la Gerencia, cuyas funciones están enumeradas en dicha ley.

Volviendo a la ley de concesiones eléctricas, su artículo 34 señala cuatro principales obligaciones de los concesionarios:

1. Dar servicio a quien lo solicite dentro de su zona de concesión o a aquellos que lleguen a dicha zona con sus propias líneas;
2. Tener contratos vigentes con empresas generadoras que le garanticen su requerimiento total de potencia y energía, por los siguientes 24 meses como mínimo;
3. Garantizar la calidad del servicio que fije su contrato de concesión; y

4. Permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros, para suministrar energía a usuarios que no tengan el servicio, ubicados dentro o fuera de su zona de concesión.

Como contrapartida, producto de la delegación de la prestación del servicio público de electricidad, las empresas concesionarias tienen algunos derechos, entre ellos:

1) La variación transitoria de las condiciones de suministros por causas de fuerza mayor, con la obligación de avisar a los usuarios y al organismo regulador,

2) Efectuar el corte inmediato del servicio sin necesidad de aviso previo si este adeuda dos o más facturaciones, si se consume energía eléctrica sin autorización o si las instalaciones ponen en riesgo la seguridad de personas y propiedades;

3) Apertura de pavimentos, calzadas y aceras de las vías públicas dentro de su zona de concesión, dando aviso a las municipalidades respectivas y efectuando las oportunas reparaciones;

4) Cobro de un cargo mínimo mensual a los usuarios cuyos suministros estén cortados o suspendidos, reconectando el mismo previo pago de los cargos, del consumo adeudado y de los gastos de corte y reconexión; y

5) La incorporación en la factura del usuario de un rubro específico por el servicio de alumbrado público.

Aparte de ello cabe mencionar que el artículo 183 del reglamento de la ley de concesiones eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM, publicado el 25 de febrero de 1993, señala que:

“Artículo 183.- los usuarios, cuando consideren que el servicio público de electricidad que tiene contratado no se les otorga de acuerdo a los estándares de calidad previstos en la ley, el reglamento, el contrato de concesión y el respectivo contrato de suministro, podrán presentar sus reclamaciones a la empresa concesionaria.”

En esa forma, se delegó a las empresas concesionarias de distribución la función de resolver en primera instancia los reclamos formulados por los usuarios acerca de aspectos relacionados a la calidad del servicio público de electricidad que ellas brindan.

Sobre el mismo tema, cabe señalar que la ley que creó el OSINERG, refiere en su artículo 9 que:

“Artículo 9: Son funciones del Consejo Directivo: (...); b) resolver en última instancia administrativa los conflictos derivados de la realización de las actividades en el ámbito de su competencia. (...).”

En esa forma la vía administrativa a la que debía recurrir cualquier usuario del servicio público de electricidad ante algún reclamo que tenga sobre la prestación del mismo, quedó diseñada de la siguiente manera: la empresa concesionaria de distribución que presta el servicio al reclamante como primera instancia, y el consejo directivo del OSINERG como segunda instancia. A partir de los artículos 1.8 y 219.1 de la Ley N° 27444, será de aplicación a estos casos el denominado “procedimiento trilateral”, conforme a las especificaciones del reglamento del organismo regulador.

4. C REGULACIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE: PUERTOS, AEROPUERTOS, CARRETERAS Y VÍAS FÉRREAS.

Con fecha 23 de enero de 1998 se publicó la Ley N° 26917, cuyo artículo 2 crea al organismo supervisor de la inversión en infraestructura de transporte de uso público (OSITRAN), como un organismo público descentralizado adscrito a la presidencia del consejo de ministros, con personería jurídica de derecho público interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

El artículo 3 de dicha ley señala que:

“Artículo 3: MISION DE OSITRAN. (...). 3.1 la misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las empresas prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del estado, de los inversionistas y de los usuarios; (...).”

Al respecto cabe resaltar que también en el caso de las inversiones en infraestructura de transporte de uso público, el legislador peruano ha elegido a los contratos de concesión como el vehículo jurídico que sirva para fomentarlas. En tales contratos, la parte concedente está constituida por el ministerio de transporte, comunicaciones, vivienda y construcción, quien actúa en nombre del estado concediendo a particulares las instalaciones e infraestructura de transporte destinadas al uso público.⁶⁷

Según el artículo 5 de dicha norma, los objetivos para los que se creó el OSITRAN son:

1) Velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión;

⁶⁷ Aspecto que fue precisado recién en el artículo 1 (“Definiciones”) del nuevo Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2001-PCM, que fuera publicado el 07 de febrero del 2001.

- 2) Velar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes y otros cobros fijados por el OSITRAN derivados de los contratos;
- 3) Resolver o contribuir a resolver las controversias de su competencia;
- 4) Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura por parte de las entidades prestadoras, sean concesionarios privados u operadores estatales.

Tales objetivos inspiraron sus diversas funciones, enumeradas en el artículo 7, numeral 7.1 de la misma ley.

Desarrollando el primero de los objetivos, el primer reglamento del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 024-98-PCM, hoy derogado, señalaba en su artículo 3° inciso a) y c) que:

“Artículo 3: el OSITRAN cumple las funciones señaladas en el artículo 7 de la ley de la siguiente forma: a) hace efectivas las garantías establecidas en las bases de licitación y en el contrato de concesión, por incumplimiento de los términos y condiciones establecidos en éstos, así como en las normas y directivas emitidas por el OSITRAN; (...) interpreta los títulos en virtud de los cuales se

realiza la explotación de la infraestructura de transporte de uso público”.

Pero ¿cuál es la “infraestructura” cuyas concesiones caen bajo el control del OSITRAN? El nuevo reglamento general de OSITRAN aprobado por Decreto Supremo N° 010-2001-PCM, señala en su artículo 1 que:

“(…) INFRAESTRUCTURA: es el sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o que permiten el intercambio modal, siempre que sea de uso público, a las que brinda acceso a los usuarios y por los cuales se cobre una prestación.

La infraestructura puede ser aeroportuaria, portuaria, férrea, red vial nacional y regional de carreteras y otras de transporte de uso público. (...).

Como se ha indicado, a partir de la Ley N° 27332 todos los organismos reguladores tienen seis clases de funciones: supervisora, reguladores, normativa, fiscalizadora-sancionadora, solución de controversia y solución de reclamos. En el caso de OSITRAN, las mismas son detalladas en el mencionado nuevo reglamento general.

Dicho reglamento también precisa en su artículo 48°, los órganos que componen el OSITRAN: 1. el consejo directivo, 2. la presidencia, 3. la gerencia general, 4. las gerencias técnicas especializadas, 5. el tribunal de solución de controversias, y 6. los cuerpos colegiados.

¿Y que ocurre con las controversias que surgen dentro del ámbito de competencia de OSITRAN? Al respecto cabe citar dos artículos de la Ley N° 26917:

“Artículo 5.- OBJETIVOS. OSITRAN tiene los siguientes objetivos: (...); c) resolver o contribuir a resolver las controversias de su competencia que puedan surgir entre las entidades prestadoras (...).”

“Artículo 6: ATRIBUCIONES. (...) 6.2 las atribuciones reguladoras y normativas de OSITRAN comprenden la potestad exclusiva de dictar, en el ámbito de su competencia, reglamentos autónomos y otras normas referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades prestadoras o de los usuarios. (...)”

En aplicación de dichas normas, el día 30 de diciembre de 1999, se publicó la Resolución de Consejo Directivo N° 005-99-CD/OSITRAN, aprobando el reglamento general para la solución de controversias en el ámbito de competencia de OSITRAN, cuyos artículos 15 y 16 diferencian

las controversias entre las entidades prestadoras y entre éstas y los usuarios. La primera instancia estaba constituida por los cuerpos colegiados del OSITRAN y por las propias entidades prestadoras, respectivamente. La segunda instancia en ambos casos, está representada por el tribunal de solución de controversias de OSITRAN. A partir de los artículos 1.8 y 219.1 de la Ley N° 27444, es de aplicación a estos casos el denominado “procedimiento trilateral”, conforme a las especificaciones del reglamento del organismo regulador.

4. D REGULACIÓN DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO.

Los servicios de saneamiento en el Perú eran prestados por las empresas municipales de servicios de saneamiento, el control era realizado por la dirección de saneamiento básico, creado por Decreto Legislativo N° 574, adscrita al ministerio de la presidencia mediante decreto Ley N° 25738.

Fue con fecha 19 de diciembre de 1992 que se publicó el Decreto Ley N° 25965, cuyo artículo 1 creó la superintendencia nacional de servicios de saneamiento (SUNASS) como una institución pública descentralizada adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros,⁶⁸ con personería del derecho público, patrimonio propio y autonomía funcional, económica, financiera y administrativa.

⁶⁸ En virtud del artículo 2 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

Las primera funciones asignadas al nuevo organismo fueron:

1. Proponer normas para la prestación de los diferentes servicios de saneamiento;
2. Fiscalizar la prestación de los mismos;
3. Evaluar el desempeño de las entidades prestadoras;
4. Promover el desarrollo de esas entidades;
5. Aplicar las sanciones que establezcan la legislación sanitaria.

Pero, ¿cuáles son los servicios materia de control por parte de la SUNASS? Los servicios de saneamiento son de tres clases:

- 1) El servicio de agua potable;
- 2) El servicio de alcantarillado sanitario y pluvial; y
- 3) El servicio de disposición sanitaria de excretas.

Dentro del primero se encuentran los sistemas de producción (captación, almacenamiento y conducción de agua cruda y tratamiento y conducción de agua tratada) y los servicios de distribución (almacenamiento, redes de distribución y disposición de entrega al usuario).

Las funciones de la SUNASS fueron ampliados por la Ley N° 26284 ya citada, y la Ley N° 26338, ley general de servicios de saneamiento.

Es a partir de la Ley N° 27332 que todos los organismos reguladores tienen las seis clases de funciones ya mencionadas: supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora- sancionadora, solución de controversias y solución de reclamos. En el caso de SUNASS, las mismas son detalladas en su actual reglamento general, modificado por Decreto Supremo N° 023-2002-PCM, publicado el 4 de abril del 2002.

Dicho reglamento también precisa en su artículo 50, los órganos que componen la SUNASS: 1.- consejo directivo, 2.- presidencia, 3.- la gerencia general, 4.- tribunal de solución de controversias, 5.- tribunal administrativo de solución de reclamos de los usuarios de servicios de saneamiento – TRASS, 6.- cuerpos colegiados.

Tema importante es el referido al reglamento jurídico dentro del cual se prestan los distintos servicios de saneamiento. En este campo, el legislador también escogió a los contratos de concesión como los instrumentos jurídicos que propugnen la inversión privada.

Teniendo los servicios de saneamiento carácter público, la titularidad de los mismos continúa bajo las manos del Estado. En ese sentido, el artículo 4 de la Ley N° 26338, ley general de servicios de saneamiento,

señala a las municipalidades provinciales como los entes responsables de la prestación de tales servicios, correspondiéndoles otorgar el “derecho de explotación” a las “entidades prestadoras” las mismas que son entidades públicas, privadas o mixtas, constituidas con el único propósito de prestar dichos servicios; entidades que tienen la obligación de inscribirse en el registro que la SUNASS implemente para su mejor control de acuerdo al artículo 45 de la misma norma, así como el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 908.

La forma en que las municipalidades provinciales otorgan el derecho de explotación no es otra que la de contratos de concesión, a partir de los cuales, las empresas prestadoras (concesionarias) deben celebrar innumerables contratos de suministros con los usuarios que se encuentran dentro de su área de concesión. Tales contratos generan derechos y obligaciones tanto para los usuarios como para las empresas prestadoras.

Los principales derechos de los usuarios son:

1. Acceder a la prestación de los servicios en forma adecuada,
2. Recibir información en forma adecuada y oportuna,
3. Recibir la factura por los servicios prestados con la suficiente antelación a su fecha de vencimiento,
4. Recibir aviso oportuno de cualquier suspensión el servicio,

5. Derecho a recibir reembolsos y compensaciones económicas de conformidad a la ley y los reglamentos.

De otro lado, las principales obligaciones de los usuarios son:

- 1) Suscribir el correspondiente contrato de suministro con la prestadora,
- 2) Hacer un uso adecuado de los servicios, la infraestructura e instalaciones del prestador,
- 3) Pagar oportunamente las facturaciones de sus consumos,
- 4) Permitir la instalación de medidores de agua, así como el acceso del personal de la prestadora, debidamente identificado, para la lectura del mismo o para inspección y verificaciones que resulten necesarios entre otras.

Refiriéndonos ahora a las empresas prestadoras, tienen los siguientes derechos:

1. Cobrar por los servicios de saneamiento prestados, así como intereses moratorios, compensatorios y gastos producidos por el no pago de los usuarios,
2. Suspender el servicio en caso de incumplimiento de pago de dos meses, así como cobrar por los gastos generados por la suspensión y reposición del servicio,

3. Cobrar el costo de las reparaciones de daños y desperfectos, debidamente comprobados, que el usuario ocasione en las instalaciones o equipos,

4. Anular las conexiones de quienes hagan uso no autorizado del servicio, entre otras.

Al mismo tiempo, las empresas prestadoras tienen las siguientes obligaciones:

1) Prestar el servicio de saneamiento a quien se lo solicite, salvo restricciones técnicas existentes;

2) Operar y mantener las instalaciones y equipos en condiciones adecuadas para prestar los servicios, así como ampliar y renovar periódicamente las mismas;

3) Brindar a las autoridades todas las facilidades para el desarrollo de inspecciones, así como proporcionar a estas la información técnica o financiera necesaria;

4) Controlar permanentemente la calidad de los servicios que presta, de acuerdo a las normas dictadas para el caso; entre otras de acuerdo al artículo 9 incisos b) y m) de la Ley N° 26284, ley general de la SUNASS, hoy ya derogada:

“Artículo 9: son funciones y atribuciones de la SUNASS: (...); b) dictar las disposiciones complementarias que se requieren referentes al sistema tarifaria y a la prestación de los servicios de saneamiento; (...); m) resolver en última instancia, los conflictos que en la prestación de los servicios de saneamiento pueden surgir entre las entidades prestadoras, los gobiernos locales y los usuarios.”

Fue en aplicación a estas normas que, con fecha 29 de agosto de 1999, se publico la Resolución de Superintendencia N° 765-99/SUNASS, que aprueba la directiva procesal de atención de reclamos de usuarios de servicios de saneamiento, cuyos artículos 12, 13 y 14 determinaron que la vía administrativa a la que debía recurrir cualquier usuario de algún servicio saneamiento ante algún reclamo que tenga sobre la prestación del mismo, queda diseñada de la siguiente manera: la empresa prestadora que presta el servicio al reclamante como primera instancia y el tribunal administrativo de la SUNASS como segunda instancia. A partir de los artículos 1.8 y 219.1 de la Ley N° 27444, es de aplicación a estos casos el denominado “procedimiento trilateral” conforme a las especificaciones del reglamento del organismo regulador.

5. CONCLUSIONES PRELIMINARES

5.1 Doctrinales

Hemos señalado que el fin Supremo del Estado y de la Administración que utiliza para su consecución es el bienestar social, y la principal misión de la regulación económica es instaurar un equilibrio entre sus propios intereses económicos con aquellos de los particulares.

Dicha tarea se asume como sustantiva en el campo de los servicios públicos, campo económico en el cual, ejemplificando el necesario establecimiento del mencionado equilibrio, podemos decir que el Estado tendrá la obligación de compatibilizar la creación de condiciones de rentabilidad para las empresas, con el resguardo de los intereses de los usuarios, teniendo en cuenta que éstos dependen de la prestación de servicios monopólicos.

La doctrina ha desarrollado dos maneras de ejercitar tal control, que incluso se ha plasmado en Legislación y ha producido dos modelos institucional-administrativos de ponerla en práctica, es decir, LOS ORGANOS REGULADORES y LAS AGENCIAS DE COMPETENCIA.

Nuestro país tiene un sistema mixto, si bien INDECOPI es considerado organismo regulador, en realidad es una agencia de competencia y OSINERG, OSITRAN, OSIPTEL Y SUNASS son Organismos Reguladores.

Para lograr bienestar una primera opción es regular el mercado a través de los órganos reguladores y otra es diseñar políticas de competencia que son entregadas a una agencia de competencia.

Si bien doctrinariamente se critica la primera opción de regulación del mercado porque genera más probabilidades de corrupción, presión e influencia, mientras que las políticas de competencia suelen reducir el nivel de discrecionalidad de los funcionarios, lo cierto es que en nuestra realidad, para los servicios públicos a nuestro entender es más recomendable una opción reguladora, ya que no es posible generar competencia en la prestación de algunos servicios públicos, ya que no puede haber por ejemplo dos compañías de telecomunicaciones que instalen doblemente postes de alumbrado o dos empresas que instalen doblemente tuberías de desagüe.

Consecuentemente creemos que doctrinariamente se aclara el problema de nuestra investigación, ya que la doctrina trata de superar los factores que limitan el normal y eficiente funcionamiento de los organismos reguladores.

5. 2 Respecto a la normatividad jurídica.

El problema es de carácter normativo, ya que las corrientes doctrinarias se han plasmado en Legislación positiva que diseña la estructura administrativa, confiere facultades y atribuciones y precisa funciones y competencias de los organismos reguladores. Como quiera que son instituciones de reciente creación, la legislación respectiva debe irse adecuando a las necesidades del mercado a efecto de hacerlas más eficientes y que realmente cumplan el rol para el cual han sido creadas.

Por ello, a la luz de la experiencia de cada uno de los organismos reguladores debe actualizarse la legislación, fundamentalmente en lo relativo a la composición de los órganos reguladores, ya que es indispensable que éstos estén mejor conformados, especialmente con los representantes de las Instituciones de Defensa de los Usuarios de los Servicios Públicos, potenciando los organismos reguladores con representantes de los usuarios.

5.3. Respecto a la Jurisprudencia.

Las Imitaciones de los organismos reguladores, en cierta medida, han sido superadas por los órganos jurisdiccionales, pero de manera muy tímida, falta mayor eficacia. Tanto la Corte Suprema de Justicia de la

República, como las Salas Especializadas en lo Contencioso Administrativo, han paliado en cierta medida las deficiencias de los órganos reguladores, ordenando o resolviendo las quejas y reclamos a favor de los usuarios.

En materia de energía, OSINERG, viene actuando con mayor firmeza y, a diferencia de OSIPTEL, la regla general es estimar las reclamaciones de los usuarios, presentándose más bien por parte de las concesionarias las reclamaciones por ante el Poder Judicial. Éste, a través de sus Salas Especializadas en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, las suele desestimar, amparando a los usuarios en los temas relativos a los reembolsos de aportes que efectúan los usuarios, a los plazos para formular la reclamación por pagos en exceso, a la pretensión de las concesionarias de cobrar consumos efectuados por propietarios anteriores y los relativos al robo de medidores.

En materia de transporte, al parecer los usuarios no están debidamente informados de las funciones del organismo regulador (OSITRAN) y por ello no recurren con mucha frecuencia; en este ámbito se requiere difundir más ampliamente la existencia y funciones del órgano regulador.

En materia de abastecimiento, advertimos que SUNASS, como órgano regulador, desarrolla un papel muy formalista y debido a ello,

generalmente desestima las quejas y reclamaciones de los usuarios; han sido los órganos jurisdiccionales, quienes en última instancia han estimado las reclamaciones de los usuarios, ya sea concediendo medidas cautelares para que se reponga el servicio de agua o se suspenda la orden de corte del líquido elemento.

Finalmente debemos señalar que para establecer un sistema eficiente de regulación de servicios públicos debemos no sólo mejorar el funcionamiento de los órganos reguladores, a través de la modificaciones legales pertinentes, sino diseñar una política nacional de servicios públicos basada en resguardar los intereses de los usuarios en armonía con los intereses de las concesionarias y del Estado. Para ello se deberá, inclusive, revisar los contratos de concesión de servicios públicos, compatibilizando las condiciones de rentabilidad de las empresas concesionarias y el interés de los usuarios; debemos aspirar al establecimiento de un sistema regulador técnicamente solvente, independiente y con voluntad de monitorear el cumplimiento asumido por todas las partes.

PARTE III

ESTRUCTURA DEL DERECHO A UN DEBIDO PROCEDIMIENTO

ADMINISTRATIVO

A. Antecedente: Proceso judicial

El derecho a un debido procedimiento administrativo tiene antecedente directo en el derecho a un debido proceso legal cuyo escenario original ha sido el proceso judicial. Con la entrada en vigencia de la Ley 27444, Ley del procedimiento administrativo general, se consolidó la vigencia de este derecho a nivel del procedimiento administrativo; hasta antes de su vigencia, su aplicación en esta sede era discutida.

La expresión “*debido proceso legal*” resulta una traducción del inglés “*due process of law*”, institución del derecho estadounidense; la expresión “*tutela judicial efectiva*” proviene del derecho europeo continental. Una y otra se utilizaron equívocamente para indicar la serie

de derechos que los componen; sin embargo, reubicando los significados a partir de su reconocimiento diferenciado en el artículo 139.3 de la Constitución Política se tiene lo siguiente. El derecho a la tutela procesal efectiva comprende dos derechos: de acceso a la justicia u órgano jurisdiccional y de efectividad de las decisiones judiciales. El derecho a un debido proceso comprende dos aspectos: el sustantivo o material y el procesal o formal. El debido proceso sustantivo se concentra en el análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la decisión; el procesal en los derechos que permiten dar forma a cada una de las etapas del proceso que conducirán a la decisión.

Así, y de conformidad con la legislación vigente, se pueden perfilar los derechos indicados según la siguiente estructura.

1. Tutela procesal efectiva (4, CPC⁶⁹)

1.1 Derecho de acceso a la justicia u órgano jurisdiccional:

Una vez realizada la precisión, en las líneas precedentes, respecto al origen de la expresión *due process of law*, cabe indicar que éste se aplica no sólo al proceso judicial, sino a todo tipo de procedimiento, con algunas particularidades; por ejemplo, no existe un derecho constitucional

⁶⁹ CPC: código procesal constitucional; el número es el del artículo correspondiente. Para la Ley 27444: LPAG o simplemente el número de la Ley.

a la doble instancia administrativa, según el Tribunal Constitucional⁷⁰. Por su parte, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva⁷¹ se definirá como aquél que ostenta toda persona a fin de obtener una decisión judicial sobre su caso concreto, pretendiendo que otra cumpla con algo a lo que se encuentra obligada; esta petición debe ser atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso⁷² que cuente con garantías previamente establecidas⁷³.

⁷⁰ Confrontar STC 0881-2003-AA/TC. La posición del Tribunal resulta relevante pues sus decisiones constituyen precedente que debe ser observado por todos los jueces, según la primera disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 28301. En este trabajo utilizamos la expresión “precedente” de modo amplio para referirnos a toda decisión que sirva como antecedente a un caso. Respecto al Tribunal Constitucional se utiliza para designar a ciertas decisiones de naturaleza normativo-general; confrontar al respecto el artículo VII del título preliminar del código procesal constitucional.

⁷¹ Cifuentes Muñoz, Eduardo. En: Acceso a la Justicia y Debido Proceso en Colombia. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. 1999, Nro. 3, p. 276, señala que: *“El derecho a acceder a la administración de justicia, denominado en otras latitudes derecho a la tutela judicial efectiva, tiene naturaleza prestacional, en cuanto que lo que se busca es que el Estado despliegue la actividad judicial, respondiendo, a través del proceso, a las pretensiones que se le formulan, las que deben resolverse con base en el sistema de fuentes establecido y de manera independiente, imparcial y en un término razonable, mediante una decisión de fondo motivada, salvo que concurran causales legítimas de inadmisión.”*

⁷² Refiriéndose a la Constitución española, Mateu-Ros Cerezo, Rafael. El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el requisito de la legitimación. En: Revista de Administración Pública, Nro. 98, 1982, p. 84, indica que: *“(...) el artículo 24, 1, reconoce no tanto el derecho preprocesal de acción —reconocimiento que resultaría innecesario por razones obvias (13)—, sino el derecho a que, en el marco del ordenamiento jurídico sustantivo y procesal, todo titular de derechos subjetivos y de intereses legítimos pueda deducir ante el juez competente las pretensiones procesales oportunas para defensa y protección de las situaciones jurídico-subjetivas respectivas frente a cualquier acto que constituya una vulneración de las mismas.”*

⁷³ Gonzáles Pérez, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid: Editorial Civitas, 1984, p. 29.

Bustamante Alarcón⁷⁴ explica el razonamiento que conduce a la conclusión sobre aplicabilidad de este derecho al ámbito del procedimiento administrativo del siguiente modo:

Tradicionalmente se ha sostenido que la tutela jurisdiccional efectiva encuentra su expresión procesal a través del derecho de acción y del de contradicción; por lo tanto, en la hipótesis planteada un criterio de coherencia o concordancia práctica nos llevaría a excluir estos dos derechos del contenido del debido proceso. In embargo, tal situación nos llevaría a un absurdo que resulta importante anotar, pues, si como bien señala Monroy Gálvez, el derecho de contradicción se expresa a través del llamado derecho de defensa, al sostener que dicho derecho pertenece al contenido de la tutela jurisdiccional efectiva y no al del debido proceso (por el criterio de coherencia o concordancia práctica antes indicado), se estaría concluyendo en forma absurda que el derecho de contradicción o de defensa sólo puede ser ejercitado en los procesos jurisdiccionales –valga la redundancia– porque sólo en ellos resulta aplicable la tutela jurisdiccional efectiva, y no en los procedimientos administrativos, arbitrales, políticos, particulares o militares, porque sobre éstos rige el debido proceso. Tal absurdo resultaría evidente porque, como es pacífico en la doctrina y jurisprudencia contemporánea, el derecho de contradicción o de defensa resulta aplicable en todo proceso o procedimiento; de allí que no resulte extraño que se afirme su pertenencia al debido proceso.

Líneas más adelante, el mismo autor⁷⁵ delimita algunos aspectos del “derecho al proceso”, fijando sus condiciones de desarrollo:

Conforme al derecho al proceso, todo sujeto de derecho debe tener la posibilidad de acceder a un proceso o procedimiento con la finalidad de que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión y le brinde una tutela efectiva y diferenciada.

Por efectividad en la tutela nos referimos al derecho que tiene todo sujeto de derecho a que el órgano competente, encargado de pronunciarse sobre su pretensión, dicte oportunamente las

⁷⁴ Bustamante Alarcón, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Lima: Ara Editores, 2001, p. 188-189

⁷⁵ Ibid. pag. 208-209

medidas necesarias para asegurar la eficacia o ejecución de las decisiones que se emitan y lograr que estas se cumplan (por ejemplo, dictando medidas cautelares, medidas conminatorias, etc., según corresponda). Y por tutela diferenciada nos referimos al derecho que tiene todo sujeto de derecho para que dicho órgano le brinde una tutela que resulte adecuada para solucionar o prevenir en forma real y oportuna los diferentes tipos de conflictos o incertidumbres jurídicas que se le sometan a su conocimiento (...).

Por lo tanto el derecho al proceso no se agota en la simple posibilidad de acceder a un proceso o procedimiento cualquiera, sino que su contenido exige que dichos procesos o procedimientos sean justos, para lo cual la tutela que se brinde a través de ellos debe ser efectiva y diferenciada. Como consecuencia de ello, el contenido de este derecho exige también que se eliminen y/o prohíban las barreras y las formalidades irrazonables que obstaculizan el acceso a un proceso o procedimiento.

Adicionalmente, el derecho al proceso exige que ningún sujeto de derecho sea afectado o sancionado si antes no se inició y tramitó el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación; por lo tanto, implica también que ningún sujeto de derecho puede ser sorprendido o afectado con los resultados de un proceso o procedimiento que no conoció o que no estuvo en aptitud de conocer. De vulnerarse este derecho, la decisión que se emita será nula en la medida en que así lo indiquen los principios que rigen la nulidad procesal.

Resulta necesario precisar que el procedimiento administrativo no se encuentra diseñado para la defensa del administrado, no obstante el enorme avance que ha significado la entrada en vigencia de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General en la defensa de los derechos de los administrados. En efecto, durante la vigencia de la antigua norma sobre procedimientos administrativo, TUO de la Ley General de Procedimientos Administrativos, aprobado por DS 002-94-JUS, no se tuvo una definición precisa de cuáles eran los derechos de los

administrados en procedimientos tan delicados como los procedimientos sancionadores.

Principios como los de legalidad y tipicidad eran figuras exóticas exiliadas en el ámbito del derecho penal, hecho que determinaba el avance de la discrecionalidad administrativa, en principio legítima, para convertirse en pura y simple arbitrariedad. Aunque esta situación ha empezado a revertirse, aún resulta una tarea pendiente en la medida que la propia Ley del Procedimiento Administrativo General introduce la posibilidad de dejar de lado su regulación, y con ello permitir la vulneración de la posición de los administrados. Esta puerta abierta a la arbitrariedad se encuentra contenida en la tercera disposición complementaria y final de la Ley 27444⁷⁶

El contenido del derecho de acceso a la justicia, fuera de las definiciones teórico-doctrinarias, y ya incursionando en el aspecto de su aplicación, ha sido materia de análisis por la jurisdicción internacional⁷⁷, así como por diversos programas que buscan analizar su problemática en países en vías de desarrollo. De esta manera, el Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia⁷⁸ elaborado por el Programa de las

⁷⁶ *TERCERA. Integración de procedimientos especiales. La presente Ley es supletoria a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimiento existentes en cuanto no la contradigan o se opongan, en cuyo caso prevalecen las disposiciones especiales.*

⁷⁷ Confrontar Caso Tribunal Constitucional.

⁷⁸ El subrayado es nuestro. Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia. Capítulo 1: El derecho de acceso a la justicia. En: <http://www.lac->

Naciones Unidas para el Desarrollo lo define a partir de la evolución de las estrategias encaminadas a su implementación:

El acceso a la justicia es un concepto que hace referencia a las posibilidades de las personas de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas y cuyo ámbito material de aplicación se delimita mediante el análisis del conjunto de derechos de los ciudadanos y la valoración de la naturaleza y extensión de la actividad pública y de los mecanismos o instrumentos jurídicos necesarios para garantizarlos. La evolución del acceso a la justicia fue explicada por parte de la doctrina mediante un modelo de tres etapas, también llamadas olas de acceso a la justicia, que deben ser analizadas en el contexto de la evolución de la comprensión de los derechos humanos y de los diferentes movimientos de reforma de los sistemas de justicia.

La primera ola de asesoramiento legal buscaba el establecimiento de mecanismos gratuitos de asistencia y representación ante los tribunales para las personas por debajo de un determinado nivel de ingresos. Este movimiento ha de entenderse en el contexto más amplio del movimiento de reforma del sistema de justicia en el que se pedía que éste actuara como garante de la igualdad ante la ley viendo en la realización de este derecho un instrumento afianzador de la estabilidad democrática que a su vez se configuraría como presupuesto para un adecuado funcionamiento de las economías de mercado. La primacía del factor económico en la percepción del desarrollo la encontramos, en este momento, en la naturaleza de las acciones positivas encaminadas a la supresión de los obstáculos para la obtención de la igualdad que en este periodo no va más allá de la puesta en marcha de sistemas gratuitos o subsidiados de asistencia letrada en juicio. La segunda ola del acceso a la justicia está enmarcada por las reformas del sistema de justicia en las que se buscaba la optimización del funcionamiento de las cortes y los tribunales. La preocupación por la mejora del sistema dimana de la percepción emergente de que el correcto funcionamiento de la maquinaria de justicia actuaba, en sí misma, a modo de acelerador del desarrollo económico y no sólo indirectamente por ser garantía de un sistema democrático estabilizador del entorno de mercado. Los sectores más críticos dentro de este movimiento recondujeron la búsqueda de la eficacia del sistema hacia las demandas sociales de protección de los intereses colectivos (a las que los sistemas de representación individual en juicio no podían dar respuesta) y

sentaron las bases de la tercera ola de acceso a la justicia mediante la creación de mecanismos procesales tales como las acciones de clase o la litigación de interés público.

Así es como, tras esta maduración conceptual que desemboca en el enfoque de acceso a la justicia, la evaluación de las obstrucciones a la realización de los derechos han de ser analizadas, hoy por hoy, desde la certidumbre de la naturaleza causal de las relaciones de las dinámicas internas del sistema que se plasman en procesos en los que un obstáculo estructural hace nacer una indefensión particular que, a su vez, genera obstáculos lesivos a nivel supraindividual. Pasando así de lo privado a lo comunitario y viceversa, en un círculo vicioso de retroalimentación de la pobreza y el acceso a la justicia que se instituye en claro óbice al desarrollo.

El sistema de defensa de oficio sólo se encuentra previsto para los procesos o procedimientos ante los organismos policiales, fiscales y jurisdiccionales del Perú⁷⁹. Un sistema similar aplicable a la defensa del administrado no existe de modo articulado; como máximo se han implementado “defensorías” del contribuyente, del usuario de servicios bancarios, o del consumidor. Ninguna de estas organizaciones tiene autonomía ni independencia suficiente como para constituirse en mecanismo adecuado de defensa de los administrados.

Ciertamente, la defensa judicial de oficio tampoco resulta ser un ejemplo de funcionalidad ni eficacia. La práctica judicial nos demuestra que la calidad del trabajo de los defensores de oficio no puede compararse a la calidad del trabajo de un defensor privado mínimamente competente. Esta situación pone en evidencia que el derecho de acceso a la justicia resulta, en la actualidad, un espejismo. De acuerdo a lo anterior,

el asunto concreto es el siguiente: la persona que carece de recursos económicos suficientes para contratar un defensor competente enfrentará un proceso o procedimiento con una defensa formal, en el mejor de los casos, pero sin defensa real.

El derecho de acceso a la justicia como mejora y funcionamiento adecuado de las instituciones involucradas (Poder Judicial, Ministerio Público, etc.) apenas tiene una manifestación real y concreta. El aspecto más notable de este problema son los plazos procesales: no se cumplen aunque exista una regulación específica para dar prioridad a los asuntos urgentes. Un proceso de amparo constitucional puede tardar, sin exagerar, más de dos años.

En fecha reciente se ha difundido la STC 00535-2009-PA/TC sobre proceso de amparo promovido por un alumno de la Universidad San Ignacio de Loyola, quien fuera expulsado por consumir marihuana en el campus universitario. El Tribunal Constitucional ha declarado fundada la demanda y ordenado la inmediata reincorporación del afectado. El caso es relevante porque demuestra de modo dramático la falta de acceso a un recurso rápido y con ello a la justicia: el alumno tuvo que esperar dos años fuera de la universidad para poder recuperar su condición de estudiante. Las demoras en la resolución de procesos judiciales representan la manifestación más notable de la falta de un acceso

⁷⁹ Confrontar artículo 3, Ley 27019.

oportuno a la justicia. El caso de los detenidos a la espera de una sentencia judicial penal es otro tema en el que la denegación, en los hechos, del derecho de acceso a la justicia se manifiesta.

La protección estatal del derecho de acceso a la justicia, configurado como derecho fundamental, es consecuencia directa del interés del individuo en que el conflicto de intereses se vea resuelto de modo definitivo. Más allá de lo anterior, en la ejecución de lo decidido el Estado encontrará la manifestación más clara de su *ius imperium*. Para tales efectos, resultan necesarias no sólo acciones negativas que impliquen que su desenvolvimiento no vaya en contra de lo legalmente establecido por la norma, sino acciones positivas que tengan como fin informar al ciudadano sus derechos, la manera en que éstos deben ser ejercidos y los mecanismos diseñados para su protección administrativa y judicial, orientación sin la cual no se puede hablar cabalmente del respeto al derecho de acceso a la justicia. En efecto, el Estado no coloca agentes especializados en captar administrados con problemas para ofrecerles soluciones. Son aquellos quienes ponen en marcha los procedimientos y los procesos para la defensa de sus derechos; sin ese impulso inicial no habrían trámites⁸⁰ y, por tanto, quedarían consentidos los actos que modifican sus situaciones jurídicas. En resumen, sin información sobre su estatus jurídico (el haz de derechos y mecanismos para su defensa), los ciudadanos se encuentran a merced de la omnímoda voluntad estatal.

1.2 Derecho a la efectividad de las decisiones judiciales:

El proceso justo, si bien es la expresión de un derecho inherente a la persona, constituye sólo un medio para que la misma pueda satisfacer su interés. Concluido el proceso con un fallo que ha quedado firme, únicamente culmina la parte cognitiva de la discrepancia o incertidumbre y se inicia aquella que es de capital interés para el ciudadano y que justifica el accionar estatal, que es la ejecución de lo decidido en sentencia. Ningún proceso puede preciarse de ser justo si al arribar a una conclusión ésta resulta ineficaz o no se ejecuta por simple desidia. Este deber del Estado frente al justiciable tiene como contraparte el derecho de éste a que la decisión judicial sea efectiva, se ejecute y brinde el resultado esperado (predeterminado por el derecho).

De esta manera, el Tribunal Constitucional, desarrollando este derecho, señala en la STC 00579-2008-AA/TC:

La Constitución establece en su artículo 139° los principios y derechos de la función jurisdiccional, consagrandos en el inciso 3) la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Dentro de los derechos que forman parte del genérico derecho a la tutela procesal efectiva se encuentra el derecho a la ejecución de las resoluciones consecuencias prácticas: a) la inmutabilidad de las decisiones judiciales firmes; b) la imposibilidad de revivir procesos ya decididos por los órganos judiciales; c) la exigencia de cumplimiento de lo resuelto en forma definitiva; d) la prohibición de que las autoridades judiciales o cualquier poder externo al Poder Judicial pueda interferir o retardar la ejecución de

⁸⁰ Salvo los procedimientos y procesos impulsados de oficio, que en términos cuantitativos resultan ser menores a los impulsados a pedido de parte.

lo resuelto de manera definitiva por el poder jurisdiccional de los jueces. En tal sentido, el segundo párrafo del inciso 2) del referido artículo hace referencia también a tal derecho al establecer como ya ha quedado precisado, la prohibición de que los poderes públicos puedan, “(...) *dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución.*”

Por su parte el Código Procesal Constitucional también consagra el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela procesal efectiva cuando en el tercer párrafo de su artículo 4° prescribe que “*se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respeten, de modo enunciativo su[s] derechos a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales (...).*”

El derecho a la ejecución de resoluciones ha sido comprendido por este Colegiado como parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. En efecto, en la Sentencia 0015-2001-AI, 0016-2001-AI y 004-2002-AI este Colegiado ha dejado establecido que “[e]l derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.” [Fundamento jurídico 11°]. En esta misma línea de razonamiento hemos precisado en otra sentencia que, “*la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela*”, reiterando la íntima vinculación entre tutela y ejecución al establecer que, “*el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución*” (STC 4119-2005-AA/TC FJ. 64)”.

Que una decisión judicial se haga efectiva no implica que lo sea al infinito. Sin duda alguna, una exigencia del Principio de Seguridad

Jurídica⁸¹ nos conducirá a la conclusión de limitar en el tiempo la posibilidad de la ejecución, así como someterla a las mutaciones legislativas que se produzcan. El primer caso se manifiesta en el plazo de prescripción de la ejecución de decisiones judiciales, previsto por el artículo 2001.1 del código civil. El segundo caso se configura cuando las condiciones normativas bajo las cuales se emitió la decisión judicial resultan derogadas (total o parcialmente); esta situación resulta compleja pues se enfrentan valores de rango constitucional: los principios de cosa juzgada, irretroactividad, aplicación inmediata de las normas y la función legislativa del Estado.

En particular, la situación jurídica de los pensionistas del Decreto Ley 20530 favorecidos con sentencias judiciales en el tema específico de las nivelaciones de pensiones con las remuneraciones del personal activo resulta incidida con la entrada en vigencia de la modificación operada en el artículo 103 de la Constitución Política⁸² y la legislación de desarrollo

⁸¹ Entendido, en líneas generales, como predictibilidad en la actuación del Estado.

⁸² *Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho*

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho. ()*

() Artículo sustituido por el Artículo 2 de la Ley N° 28389, publicada el 17-11-2004, cuyo texto es el siguiente:*

que derogó tales nivelaciones. Los pensionistas sostienen que, en virtud a las sentencias que los favorecieron, las nivelaciones deben continuar aún a pesar de que la legislación vigente no permite el pago de una pensión nivelada con el personal en actividad. El tema ha trascendido la jurisdicción nacional y se encuentra pendiente de pronunciamiento en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aún cuando ya existe un pronunciamiento vinculado, sobre la reforma constitucional, en el que se enuncia el problema descrito⁸³:

Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.

Fuente: Sistema Peruano de Información Jurídica. Ministerio de Justicia.

⁸³ Informe 38/09. Caso 12670. Admisibilidad y fondo. Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otros. Perú. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 27 de marzo de 2009. Párrafo 61.

El conflicto se ha suscitado por la consideración del Tribunal Constitucional contenida en la STC 0050-2004-AI/TC:

116. La supuesta vulneración del principio de cosa juzgada

Antes de pasar a la siguiente parte de la sentencia, es necesario dar respuesta a la argumentación de los demandantes respecto a la afectación de la cosa juzgada. En concreto, acusan que con la modificación de la normativa sobre el régimen pensionario “se atentaría... contra el principio de Cosa Juzgada, puesto que muchos pensionistas han visto conquistados sus derechos pensionarios en la vía judicial, como la nivelación de sus pensiones, el pago íntegro y sin topes de sus pensiones, etc... se estaría reiterando la violación a las garantías antes expuestas, de manera especial a la garantía de la cosa juzgada, máxime si se tiene en consideración los efectos supremos de una acción de inconstitucionalidad y la obligatoriedad de su acatamiento ordenado por la propia Constitución, art. 204”.

Casi toda la jurisprudencia emitida en materia previsional antes de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución (incluida la de este Colegiado), se fundamentaba en la teoría de los derechos adquiridos, y, en los casos correspondientes, en el derecho a la nivelación de las pensiones. Tales exigencias formaban parte del parámetro constitucional entonces vigente y, consecuentemente, los órganos de administración de justicia (entre los que se encuentra este Tribunal) tenían el deber de aplicarlas y de declarar la inconstitucionalidad de los actos que pretendiesen desconocerlas.

¿Significa ello que a las personas que hayan sido favorecidas por dichas resoluciones judiciales no les resulta aplicable la reforma constitucional aprobada a pesar de que este Tribunal la encuentre válida? Desde luego, la respuesta es negativa.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, como todo derecho fundamental, no es ilimitado. Las resoluciones judiciales no sitúan al vencedor en juicio en una suerte de ‘ordenamiento aislado’ que impida que a éste alcancen las modificaciones jurídicas que puedan tener lugar luego de expedida la sentencia que le favoreció. En efecto, en tanto que las resoluciones judiciales se fundamentan en presupuestos fácticos y jurídicos que condicionan la estimación de una determinada pretensión, la extinción que a posteriori y dentro del marco constitucional opere en relación con alguno de tales fundamentos, condicionan y en algunos casos impiden su ejecución. Dicho de otra manera, en estos supuestos, la Constitución admite que una resolución puede devenir en inejecutable.

La reforma constitucional realizada a través de la Ley Nº 28389 ha modificado la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, entre otros factores, derogando la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria y proscribiendo la posibilidad de utilizar la nivelación como sistema de reajuste pensionario. Tales modificaciones, como quedó dicho, no afectan los límites materiales al poder de reforma constitucional, motivo por el cual la ley de reforma es plenamente constitucional.

Así las cosas, no es que la reforma constitucional acarree la nulidad de resoluciones judiciales ni mucho menos que desconozca el principio de cosa juzgada. Lo que ocurre es que algunos de los fundamentos jurídicos que condicionaron que las resoluciones judiciales a las que hacen alusión los demandantes sean estimatorias, han sido modificados, e incluso, expresamente prosritos constitucionalmente (así resulta del nuevo contenido de los artículos 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución). En consecuencia, han devenido en inejecutables.

No obstante, es necesario precisar que dado que la reforma constitucional no tiene efectos retroactivos, debe reconocerse los plenos efectos que cumplieron dichas resoluciones judiciales durante el tiempo en que la Ley Nº 28389 aún no se encontraba vigente. De modo tal que, por ejemplo, si antes de la fecha en que la reforma cobró vigencia una persona resultó favorecida con una resolución judicial que ordenaba la nivelación de su pensión con la del trabajador activo del mismo cargo o nivel en el que cesó, dicha persona tiene derecho a una pensión nivelada hasta el día inmediatamente anterior a aquel en que la reforma pasó a pertenecer al ordenamiento jurídico-constitucional.

En cuanto a los alegatos de los peticionarios que indicaron que la reforma convirtió en “inejecutables” decisiones de amparo proferidas previamente en su favor, el Estado reconoció la existencia de procesos en fase de ejecución de sentencia a favor de los pensionistas. Al respecto, el Estado afirmó que en tales casos se reconoce y respeta el derecho a la nivelación hasta la fecha de entrada en vigencia de la reforma constitucional y que los procesos judiciales para determinar la forma de cumplimiento de las sentencias aún se encuentran en trámite.

La defensa de la efectividad de las decisiones jurisdiccionales condujo al Tribunal Constitucional a habilitar el recurso de queja como mecanismo procesal adecuado para el control de las decisiones judiciales en la etapa de la ejecución de los procesos constitucionales de la libertad; en palabras del Tribunal⁸⁴:

(...) este Colegiado no puede permanecer indiferente ante los supuestos de incumplimiento de lo dispuesto en sus sentencias o de su ejecución defectuosa, que termina virtualmente modificando la decisión; frente a estas situaciones debería habilitarse la procedencia del recurso de agravio constitucional. Esto porque la invocación de tales vulneraciones requieren siempre de una verificación por el Tribunal donde puedan acreditarse los alegatos escuchando al órgano judicial emplazado y permitiendo, al propio tiempo, una afirmación de su decisión por parte del Tribunal Constitucional.

La decisión resulta, en nuestra opinión, acertada pues se constituye en una herramienta eficaz y consistente con el propósito del Tribunal Constitucional. En efecto, resultaría absurdo que éste órgano sólo tenga un teórico poder de decidir en definitiva los conflictos

⁸⁴ RTC 0168-2007-Q/TC, fundamento 7.

constitucionales mientras que, en la práctica, el poder se encuentre en la jurisdicción ordinaria.

Lo que sucedía en la realidad era que ante la vulneración del valor de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional y ante la imposibilidad formal de acceder en el mismo proceso de ejecución a dicha instancia el demandante debía iniciar un nuevo proceso constitucional para defender el fallo original. Esta situación, como resulta evidente, no tiene sentido alguno: duplicaba inútilmente la actividad jurisdiccional y condenaba a la espera interminable al demandante, con las no menos graves consecuencias sobre la imagen del sistema de administración de justicia.

2. Dimensión procesal o formal del derecho a un debido proceso (4, CPC)

El derecho al debido proceso se configura como un derecho al proceso en sí, es decir, a acceder al mismo y que éste se desarrolle dentro de específicos y determinados parámetros que aseguren que los derechos de los intervinientes sólo sean restringidos de modo justificado en el marco del ordenamiento constitucional y legal vigentes, y la obtención de un pronunciamiento acorde a derecho.

Bustamante Alarcón⁸⁵ señala:

⁸⁵ Ibid. Pag. 205 y ss

En cuanto al debido proceso formal o procesal, llamado también debido proceso adjetivo, su desarrollo pone de manifiesto que se trata de un derecho complejo de carácter procesal, pues esta conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o sea vean afectados por cualquier sujeto de derecho –incluyendo el Estado- que pretenda hacer uso abusivo de éstos.

En ese sentido, a continuación hacemos un recuento de los derechos que componen la dimensión formal del derecho a un debido proceso.

2.1 Derecho a probar

El derecho a una tutela procesal efectiva, en su aspecto adjetivo, tiene una estructura compleja, es decir, contiene a muchos otros derechos que la componen de manera inescindible, es decir, si falta uno de éstos no se puede hablar de tutela procesal efectiva.

Bustamante Alarcón define el derecho a la probar del siguiente modo:

Definimos en el derecho de prueba, o derecho a probar, como aquel elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo, en virtud del cual todo sujeto de derecho que participa, participará, como **parte** o **tercero legitimado** en un proceso o

procedimiento, tiene el derecho a producir la prueba necesaria para formar la convicción del juzgador acerca de la existencia o inexistencia de los hechos que son o será objeto concreto de prueba (sea que se trate del objeto de prueba principal o de algún objeto de prueba incidental o secundario).

El derecho a probar⁸⁶, en tal sentido, constituye un elemento esencial del derecho a la tutela procesal. Al mismo tiempo, también posee una naturaleza compleja que deriva en varios derechos que lo conforman, referidos a diversas manifestaciones de acuerdo a la etapa del proceso, y más precisamente de la actividad probatoria⁸⁷. En tal sentido, corresponde perfilar la estructura interna de este derecho⁸⁸:

1. Derecho a que se admitan los medios probatorios,
2. Derecho a que se actúen los medios probatorios, y

⁸⁶ Aunque en este trabajo no se abordan los medios probatorios en sí mismos, resulta interesante explorar las posibilidades de los documentos electrónicos en tanto el proceso reforma del Estado prevé el gobierno electrónico como mecanismo facilitador de la actividad administrativa y, por tanto, plantea importantes consecuencias jurídicas en materia de prueba. Al respecto, consultar el trabajo de Madalena Solimano, Santiago. Las Nuevas Tecnologías Aplicadas al Proceso Jurisdiccional y en Particular la Prueba Digital en el Derecho Uruguayo Vigente. En: AR: Revista de Derecho Informático, 102, febrero 2007, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=8414>

⁸⁷ Ciertamente no podríamos hablar del derecho a la prueba si no tenemos al menos una definición operativa sobre qué entender por “prueba”. Al respecto se nos ofrece una útil para los efectos del presente trabajo: *“La definición de la prueba jurídica en clave subjetivista se caracteriza, en la gran mayoría de los casos, por su asimilación al convencimiento psicológico del juez o del jurado acerca de los hechos ocurridos. Decir, entonces, que un (enunciado que afirma la ocurrencia de un) hecho está probado significa que el juez ha llegado a la convicción de que ese hecho ha ocurrido. Y ésta es, por cierto, la concepción mayoritaria entre los procesalistas españoles (y creo que continentales).”* Ferrer Beltrán, Jordi. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. En: Jueces para la Democracia, 47, 2003, p. 30

⁸⁸ En lo que sigue a continuación seguimos, en lo esencial, la exposición efectuada por Bustamante Alarcón, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Lima: Ara Editores, 2001.

3. Derecho a que se valoren adecuada y motivadamente.

El derecho a que se admitan los medios probatorios se encuentra compuesto, a su vez, de diversos sub-principios cuyo cumplimiento debe ser observado. Son brevemente descritos a continuación:

a. El principio de legitimidad. Los medios probatorios sólo pueden ser ofrecidos por las partes o por los terceros legitimados. Bajo esta premisa un órgano de auxilio judicial no podría ofrecer medios probatorios pues no tendría legitimidad para obrar. Azula Camacho precisa que: *“La legitimación se predica exclusivamente de las partes y atañe a la facultad que tiene de realizar o participar en determinadas actuaciones. Se refiere a la proposición, la intervención u oportunidad de impugnar la ordenación y participar en la práctica.”*⁸⁹ Tema aparte lo determina la posibilidad de que sea el propio juez quien introduzca al proceso los medios probatorios que considere necesarios. Más allá de la discusión en doctrina al respecto, lo cierto es que nuestra legislación lo permite expresamente, según se constata en el artículo 194 del código procesal civil.

b. El principio de licitud. Consiste en verificar el origen de los medios probatorios; de esta manera, no podrían ser

admitidos aquellos obtenidos con vulneración de derechos fundamentales o contra el texto expreso de una norma legal.^{90 91}

c. El principio de pertinencia. Consiste en constatar que el medio probatorio ofrecido se encuentre orientado a demostrar el hecho alegado en los fundamentos de la demanda. Por ejemplo, no podría ser admitida una inspección judicial en un inmueble X para demostrar la posesión del inmueble Z, cuya devolución se exige; una prueba así resultaría del todo impertinente.⁹²

d. Ausencia de prohibición legal. En principio todos los medios probatorios se encuentran permitidos para demostrar los hechos que alegan las partes; sin embargo, por razones especiales el legislador tiene libertad para excluir determinadas pruebas; es el caso de la prohibición relativa de declaración de menores de edad.⁹³

e. El Principio de utilidad. Bajo este parámetro un medio probatorio orientado a demostrar un hecho irrelevante para el proceso no podría ser admitido. Lo mismo sucede cuando un medio probatorio pretende demostrar: 1. Hechos de imposible

⁸⁹ Azula Camacho, Jaime. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Temis, 1998, p.51

⁹⁰ Confrontar artículo 2.10 de la Constitución Política.

⁹¹ Para un estudio detallado sobre los diversos casos en los que se puede verificar la vulneración de este principio y sus consecuencias ver: Miranda Estrampes, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona: Bosh Editor, 1999, p. 15-62

⁹² Confrontar artículo 190 del código procesal civil.

ocurrencia; 2. Situaciones sobre las que una norma legal ha previsto una exención probatoria, ficción o presunción absoluta; 3. Hechos notorios o evidentes; 4. Hechos indefinidos. Finalmente, un medio probatorio resulta inútil si no es adecuado para lograr su finalidad. Azula Camacho comenta que “(...) *la prueba inútil constituye una clara violación del principio de la economía procesal, por cuanto implica surtir una actuación que no va a producir resultado alguno en el proceso (...)*”.^{94 95}

f. El Principio de conducencia o idoneidad. Bajo este principio un medio probatorio debe ser apto para demostrar los hechos de la demanda, de la defensa o los controvertidos. Por ejemplo, no podría ser admitida una inspección judicial en un inmueble para demostrar la falsedad de una firma; una prueba así no conduce al juez a verificar los hechos alegados.

g. El Principio de oportunidad o preclusión, en cuya virtud existen momentos precisos en los cuales se ofrecen los medios probatorios y fuera de los cuales se impide su ingreso al proceso⁹⁶. La posibilidad de ingresar medios probatorios

⁹³ Confrontar artículos 222 y 229 del código procesal civil.

⁹⁴ *Ibíd*em, p. 53.

⁹⁵ El principio de economía procesal se encuentra expresamente previsto por el artículo V del título preliminar del código procesal civil.

⁹⁶ Cifuenes Muñoz, Eduardo Op. Cit. p. 311, precisa que: “*La persona vinculada a un proceso, no tiene el derecho a que todas las pruebas cuya práctica solicite, necesariamente deban decretarse por parte del juez. Sin embargo, sí tiene derecho a que su petición de pruebas sea resuelta en un sentido positivo o negativo y, de manera motivada, de modo que pueda enderezar contra este acto procesal los recursos contemplados en la ley.*”

extemporáneos no es una excepción al principio, todo lo contrario, es una afirmación. Las pruebas ingresarán, aún cuando hayan sido ofrecidas luego de los actos postulatorios, debido a motivos justificados, como su producción posterior o la imposibilidad de su adquisición oportuna.⁹⁷

h. El Principio de inmaculación. Filtra el ingreso de material probatorio con vicios intrínsecos o extrínsecos; los primeros referidos a la nulidad formal o falsedad; los segundos vinculados a su vigencia y forma de actuación.

En cuanto al derecho a que se actúen los medios probatorios, podemos afirmar que con su observancia se asegura la producción o conservación del material probatorio. Ello es así porque existe un intervalo prolongado entre el ofrecimiento de las pruebas y su admisión y el momento de su valoración. En ese espacio intermedio el juez, en ejercicio de su potestad de derecho público, convocará a las partes a presenciar la producción de los medios probatorios.

Así, por ejemplo, en una declaración de testigos la prueba se actúa con el interrogatorio; en una inspección judicial con la asistencia del juez al lugar designado para la verificación. En tales actos las partes tienen el derecho de realizar observaciones y controlar el procedimiento de

⁹⁷ Confrontar artículos 189, 374 y 429 del código procesal civil.

actuación. Ello asegura una prueba libre de elementos distorsionadores de la verdad involucrada y garantiza, por tanto, que se deriven conclusiones lógicamente verificables. A su vez, el derecho a que se actúen los medios probatorios se compone de los siguientes sub-principios:

a. Principio de publicidad. Bajo este parámetro los medios probatorios no pueden ser actuados en secreto por el juez sino con la participación de las partes cuyas situaciones jurídicas han de ser incididas con las conclusiones que se extraigan de la prueba. En este punto resulta crucial una notificación adecuada pues es la única manera de comunicar la realización de los actos procesales; si no existe una debida notificación el proceso resulta nulo por vulneración del principio de publicidad, salvo los casos de convalidación del vicio.^{98 99}

b. Principio de contradicción. En la actuación de la prueba las partes tienen el derecho de cuestionar la forma en que se realiza. Ello resulta especialmente relevante en la actuación de las pericias pues aunque consisten en apreciaciones objetivas de especialistas en ciertas materias, el elemento subjetivo no puede eliminarse del todo. Así, la discusión del tema central del proceso

⁹⁸ Confrontar artículo 172 del código procesal civil.

⁹⁹ Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba. Bogotá: Temis, 2002, p. 117

podría limitarse a la interpretación de cierto hecho físico como por ejemplo el ángulo del proyectil que impacta en una víctima de homicidio. El perito puede considerar cierta respuesta basado en su experiencia científica pero una de las partes puede tener una conclusión totalmente distinta sobre la base de las particularidades de la situación examinada.^{100 101}

c. Principio de inmediación. En la actuación de la prueba el juez es el protagonista pues es quien habrá de valorarla. Bajo esta premisa resulta proscrita la actuación de una prueba en la que el juez no haya participado de modo activo. Por ejemplo, resultaría absurda una inspección judicial en la que se comisione a un asistente para que reemplace al juez puesto que el propósito de tal prueba es que sea el juez quien presencie la situación de hecho que se le quiere mostrar. De no observarse este principio existirá una mayor margen de error en las conclusiones a las que pueda arribar el juez pues su contacto con la realidad examinada será mínimo o incluso inexistente. Por esa razón, sólo en casos excepciones se permite el quiebre de este principio; es el caso de la promoción o separación del juez que inicia la audiencia de pruebas.^{102 103}

¹⁰⁰ Confrontar artículo 266 del código procesal civil.

¹⁰¹ Devis Echandía, Hernando. Ob. Cit. p. 115

¹⁰² Confrontar artículo 50 del código procesal civil.

¹⁰³ Devis Echandía, Hernando. Ob. Cit. p. 120-122

d. Principio de comunidad o adquisición. Una vez ingresado a trámite, el medio probatorio forma parte del proceso y no le pertenece en exclusiva a alguna de las partes. Ello es así porque el propósito de los medios probatorios no se limita a acreditar los hechos expuestos por las partes sino producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.^{104 105}

e. Principio de colaboración. La actuación de los medios probatorios supone la participación de las partes como un derecho pero también como un deber. Ello se pone de manifiesto en las declaraciones de parte; imaginemos que ambas ofrecen la declaración de la parte contraria y sin embargo al momento de su actuación una hace todo lo posible por evitar su declaración, dilatando así la actuación del medio probatorio. En tales casos el juez tiene la facultad de extraer conclusiones de la conducta procesal de la parte que obstruye el proceso.¹⁰⁶

f. Principio de inmaculación. De modo equivalente a la etapa de admisión, este principio impide la actuación de material

¹⁰⁴ Confrontar artículo 188 del código procesal civil.

¹⁰⁵ Devis Echandía, Hernando. Ob. Cit. p. 110

¹⁰⁶ Confrontar artículo 282 del código procesal civil.

probatorio que se encuentre afectado con vicios intrínsecos o extrínsecos.¹⁰⁷

Finalmente, el derecho a que se valoren adecuada y motivadamente los medios probatorios garantiza la culminación racional del procedimiento iniciado con la admisión y actuación. En efecto, todo lo avanzado resultaría un trabajo inútil si el juez valorara los medios probatorios de modo arbitrario o simplemente los ignorara, dejando así de valorarlos. Bajo tales premisas, este derecho se integra de los siguientes sub-principios:

a. Principio de inmediación. El fin de los medios probatorios es producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos, consecuentemente es el juez y no otra persona quien debe realizar la operación mental de valoración probatoria¹⁰⁸.

b. Principio de comunidad o adquisición. Tal como se ha expuesto, los medios probatorios no son propiedad de las partes que los ofrecen sino que se integran al proceso con el fin de que produzcan certeza en el juez. De este modo, las pruebas son valoradas al margen de quién ha sido el aportante; por tanto, a

¹⁰⁷ Devis Echandía, Hernando. Ob. Cit. p. 129-130

¹⁰⁸ Bustamante Alarcón, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Lima: Ara Editores, 2001, p. 343

partir de las pruebas aportadas por una parte se pueden derivar conclusiones contra ella misma¹⁰⁹.

c. Principio de unidad de material probatorio. Este principio impide la valoración parcial de los medios probatorios. En efecto, para demostrar un solo hecho puede concurrir una pluralidad de medios probatorios, cada uno con diferentes grados de poder de persuasión o sobre diversos puntos de vista del mismo hecho. Bajo este supuesto, tomar en cuenta sólo una parte del material e ignorar el resto o no valorarlo con la misma intensidad sólo puede tener como consecuencia una visión parcial de los hechos y, por tanto, distorsionar las conclusiones¹¹⁰.

En cuanto la aplicabilidad de este derecho a procedimientos como el administrativo¹¹¹ o sancionador laboral, el Tribunal Constitucional no ha

¹⁰⁹ Ibídem, p. 345

¹¹⁰ Ibídem, loc. cit., p. 346

¹¹¹ Gonzales Grimaldo, Mariano Carmelo. Potestad Sancionadora y Carga de la Prueba. En: Revista de Administración Pública, 1967, Nro.53, p. 304-305, sobre la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la carga de la prueba afirma que:

“Si la Administración es parte en el proceso, sin duda habrá que requerirla para que aporte la prueba que justifique el acto dictado, acto que mantendrá, por otra parte, su presunción de validez y legalidad, hasta el momento de su impugnación ante los Tribunales contencioso-administrativos.

Podríamos entonces afirmar que la impugnación enerva la fuerza del acto administrativo. No obstante, algún sector de la doctrina sostiene una tesis contraria, pues afirma que «si en vía administrativa la Administración da por ciertos los hechos, huelga la ulterior prueba en la jurisdiccional, debiendo rechazarse lo que sobre el particular se pretenda».

A nuestro juicio, esta tesis es insostenible, porque supone tanto como elevar el acto a la categoría de sentencia. Además, tal afirmación cierra el acceso a la vía

expuesto objeción alguna; por el contrario, ha establecido jurisprudencia considerándolo implícitamente como parte integrante del derecho a un debido proceso legal. Así ha sucedido en el caso SERPOST:

Especialmente grave ha sido, por el contrario, que los consabidos elementos supuestamente probatorios hayan sido recién puestos en conocimiento del demandante con la contestación de la presente demanda, en la que, por otra parte, también se da cuenta, por vez primera, del procedimiento seguido para su obtención. Sobre tal extremo, es evidente que si la supuesta prueba objetiva en que se basó SERPOST, residía en la constatación notarial (Acta Extraprotocolar), de fecha 10 de junio de 2002, obrante de fojas 88 a 89 de autos, y en las copias de los correos, acompañadas de fojas 90 a 101, lo mínimo que debió hacerse fue ponerlas en conocimiento oportuno del demandante a efectos de acreditar la veracidad de las imputaciones realizadas y, como ya se adelantó, de otorgar la posibilidad de que el mismo pudiera contraponer los argumentos que a su derecho de defensa correspondían. La demandada, lejos de proceder del modo descrito, le ocultó al demandante tales elementos, pese a que los mismos fueron obtenidos tres días antes de procederse a remitir la carta de imputación de cargos¹¹².

jurisdiccional por la imposibilidad material de articular una defensa con probabilidades de éxito.”

Aunque el debate continúa, en la actualidad se afirma categóricamente que: “*En el derecho administrativo sancionador resulta plenamente aplicable el derecho fundamental a la presunción de inocencia en su contenido esencial de que la carga de la prueba del hecho y de la participación en él del imputado corresponde a la Administración. En este contexto, la «presunción de certeza» que algunas leyes asignan a determinadas actuaciones administrativas sólo pueden interpretarse como que tales actuaciones, con las restricciones señaladas, pueden ser valoradas como prueba de cargo apta para fundar, junto con el resto del material probatorio, la convicción del órgano administrativo con competencia sancionadora y del órgano jurisdiccional encargado de su revisión. Nunca como inversiones de la carga de la prueba, de modo que corresponda al administrado demostrar su inocencia frente a lo afirmado por la Administración.*” Carmona Ruano, Miguel. Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia. En: Jueces para la Democracia, 9, 1990, p. 29

¹¹² STC 1058-2004-PA/TC, fundamento 10; subrayados nuestros.

En el caso concreto, el empleado de SERPOST fue despedido sin que se le informara de la actuación del medio probatorio consistente en la constatación notarial realizada sobre el contenido de los correos electrónicos personales ubicados en la computadora de trabajo. Para el Tribunal Constitucional se han vulnerado tres sub-principios del derecho a la prueba: licitud, publicidad y contradicción; el primero forma parte del derecho a que se admitan debidamente los medios probatorios, los dos restantes forman parte del derecho a que se actúen debidamente los medios probatorios. En palabras de Azula Camacho: “(...) *al no comparecer la parte, por no habersele citado o estar indebidamente representada, no se cumple con ella el principio de la publicidad y la contradicción.*”¹¹³ En tales casos la prueba resulta inválida, hecho que determina la invalidez de los actos procesales realizados bajo sus efectos.¹¹⁴

2.2 Derecho de defensa

El derecho a la defensa configura el ámbito del debido proceso, puesto que asegura a las partes poder contradecir las afirmaciones de su contraparte, las que a su vez van a definir el trámite que ha de seguir el proceso. En este punto cabe señalar que aunque la reconvención o contrademanda se interponen una vez que ya se ha iniciado un proceso, representan en verdad manifestaciones del derecho de acción. Este

¹¹³ Azula Camacho, Jaime. op. cit. p. 69

derecho a la defensa es definido por el Tribunal Constitucional Peruano de la siguiente manera, en el fallo recaído en la STC 05085-2006-AA/TC:

(...) el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como *principio de interdicción* para afrontar cualquier indefensión y como *principio de contradicción* de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.

Las notificaciones resultan, una vez más, de vital importancia para hacer efectivo el derecho de defensa; una notificación que no cumpla el propósito de informar a la parte de la ocurrencia de determinado acto procesal supondrá la vulneración del derecho de defensa en tanto la parte no informada no podría hacer efectivos sus argumentos en el momento oportuno. En los procedimientos sancionadores el derecho de defensa reviste especial importancia pues el imputado con la infracción administrativa no puede ser válidamente sancionado en tanto no haya sido debidamente informado de los hechos, cargos, posibles consecuencias y autoridad competente; así lo dispone el artículo 234.3 de la Ley 27444. El derecho de defensa no se limita a la posibilidad de controvertir por escrito las alegaciones de la parte contraria o acusadora; el derecho a ser oído directamente por los órganos resolutores permite a la parte ejercer una defensa inmediata; la manifestación de este aspecto

¹¹⁴ Confrontar artículo 173 del código procesal civil.

del derecho es el informe oral, acto procesal previsto en casi todos los ordenamientos procesales. A tal punto resulta importante este aspecto que, desde la práctica judicial, podemos afirmar que su falta de realización, cuando ha sido solicitado, ocasiona la nulidad de lo actuado sobre esa base. Esta posición es también confirmada por el Tribunal Constitucional:

La omisión a la solicitud de informe oral ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, ante un pedido a ese respecto, lesionó también el derecho a la defensa y, por consiguiente, el derecho al debido proceso, porque ocasionó indefensión en el demandante, al no posibilitarle la ocasión de defenderse ante el órgano sancionador respecto de los cargos que se le imputaban en el informe de la comisión y, de ese modo, poder controvertirlos y exponer o persuadir al órgano sancionador de todo cuanto conviniese a su derecho.¹¹⁵

2.3 Derecho al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso

Este derecho parte del mismo principio lógico señalado en el derecho de defensa: las partes de un proceso deben tener la oportunidad de negar los hechos alegados por la contraria. Sin embargo, no se identifica con el derecho de defensa; en efecto, el derecho al contradictorio resulta ser la contrapartida del derecho de acción, el cual consiste la posibilidad de poner en marcha el aparato estatal para la consecución de algún derecho o la defensa de este.

El derecho al contradictorio habilita a ingresar al procedimiento en marcha para oponer la posición afectada con el ejercicio del derecho de acción. El derecho al contradictorio también se expresa como el principio de bilateralidad que implica la comunicación debida a los eventuales afectados por la pretensión de la demanda o solicitud; sin tal comunicación no puede haber modificación válida en la situación jurídica ajena, modificación que en la mayor parte de los procesos judiciales es inevitable. Ello es así en los procesos contenciosos; en los no contenciosos, en principio, no habría parte afectada, aunque la realidad demuestra día a día que incluso en los asuntos más sencillos se involucra un conflicto de intereses.

Un ejemplo es necesario para graficar el mecanismo de funcionamiento del derecho al contradictorio. En el proceso de prescripción adquisitiva se pretende que el juez declare al demandante propietario de un determinado bien por el transcurso del tiempo bajo ciertas condiciones. En tales procesos existen por lo menos dos clases de sujetos potencialmente afectados: el propietario del bien objeto de la declaración de prescripción y los propietarios colindantes del bien (cuando es inmueble). Ambas clases de sujetos deben ser emplazadas con la demanda pues en la eventualidad de que se la declare fundada sus situaciones jurídicas habrán de ser modificadas necesariamente (en el

¹¹⁵ STC 1003-98-AA/TC, fundamento 9.

caso del propietario anterior que dejará de serlo) o eventualmente (en el caso de los colindantes con áreas de demarcación defectuosas). El derecho al contradictorio garantiza, en resumen, que la situación jurídica de los sujetos no sea modificada unilateralmente a través de los procesos o procedimientos, permitiéndose así su ingreso al trámite bajo las mismas condiciones del demandante o denunciante, con la posibilidad de ofrecer todas las pruebas permitidas para la defensa de su posición.

2.4 Derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni ser sometido a procedimientos distintos a los previstos por la ley.

Al respecto, el artículo 139.3 de la Constitución Política del Estado, proscribe que las personas puedan ser desviadas de la jurisdicción predeterminada o juzgadas por órganos jurisdiccionales de excepción. Estas prohibiciones encuentran lógica en que se busca evitar que los procesos judiciales tengan un manejo político que, de acuerdo a la coyuntura, pueda determinar que un juez distinto al natural sea el que resuelva el caso. La legislación supranacional prevé una garantía equivalente; el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece como garantía judicial que toda persona tiene derecho a ser oída por un Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley.

Este principio también es llamado el del “*juez natural*”. Para definirlo, San Martín¹¹⁶ señala: “*es un derecho fundamental que asiste a todos los sujetos del derecho, a ser juzgados por un órgano jurisdiccional creado conforme a lo prescrito por la Ley correspondiente, respetuoso de los Principios Constitucionales de igualdad, independencia, imparcialidad y sumisión a la Ley, constituido con arreglo a las normas comunes de competencia pre establecidos*”.

2.5 Derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho

La tutela judicial efectiva dentro del proceso se encuentra dirigida a asegurar la producción de un pronunciamiento de la autoridad jurisdiccional que represente fielmente lo actuado en su interior. De esta manera, si se ha tenido gran preocupación porque en el decurso del procedimiento se hayan respetado los derechos, principios y garantías que la Constitución contempla, entonces el resultado final también debe estar premunido de garantías que aseguren a los justiciables ello. Y precisamente su concreción se da en una resolución fundada en derecho. El Tribunal Constitucional, en la STC 6151-2007-AA/TC señala: “*el derecho a una resolución fundada en derecho (artículo 4º del Código Procesal Constitucional) garantiza a los justiciables el que una resolución se sustente en las normas del ordenamiento, de modo que la decisión en*

¹¹⁶ San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Lima: Grijley, 1999, p.93

ella adoptada sea una conclusión coherente y razonable de dichas normas”.

Ruiz Molleda¹¹⁷ expresa que el derecho a una tutela judicial efectiva contiene el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, derecho que consiste en que la decisión judicial se encuentre sometida al sistema de fuentes de derecho vigente en el ordenamiento; en palabras del autor:

Es necesario analizar el concepto de resolución fundada en Derecho. Señala Chamorro que la fundamentación es inherente a la idea de sentencia, y comporta que la resolución dictada por el órgano jurisdiccional se base en ley adecuada al caso y no contenga elementos arbitrarios o irracionales, siendo arbitraria una resolución cuando carece de motivación o la misma es ajena al ordenamiento jurídico. Agrega este autor que la ley ha de ser aplicada e interpretada correctamente desde el punto de vista constitucional.

En este punto resulta imperativo precisar que las decisiones de las autoridades sólo se encuentran sometidas a las normas jurídicas, según su especialidad, jerarquía o competencia, incluida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuyos criterios no pueden ser dejados de lado por los jueces y tribunales en ninguna clase de procesos, conforme a la primera disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 28301. La doctrina jurídica no es norma jurídica ni fuente formal del derecho con base constitucional, en consecuencia, no puede ser tomada como base para la toma de decisiones judiciales ni administrativas. Sin

embargo, un caso polémico viene dado por la doctrina jurídica en materia tributaria que, según el código tributario, constituye fuente del derecho tributario.¹¹⁸

El asunto resulta relevante pues en la producción doctrinaria no existe jerarquía, competencia ni especialidad, ni debe haberlas¹¹⁹; en consecuencia, no podría existir un método de elección de respuestas previsibles para los sujetos de derecho. Bajo esta premisa, reconocer a la doctrina jurídica como fuente del derecho tendría como consecuencia neutralizar y extinguir el principio de seguridad jurídica. No invalida esta observación el hecho de que existan corrientes de opinión doctrinaria consolidadas y mayoritarias; siempre existe una voz disidente que argumentará en contra; y en ambos casos estaremos frente al mismo tipo de texto: doctrina jurídica. En ese sentido, la ambigua posición del Tribunal Constitucional respecto al tema de reconocer estatus de fuente del derecho resulta elocuente. En palabras del Tribunal¹²⁰:

Si bien no podemos afirmar que esta fuente derive de la Constitución, el Tribunal Constitucional y los diversos niveles jerárquicos del Poder Judicial recurren a la doctrina, nacional y extranjera, para respaldar, ilustrar, aclarar o precisar los fundamentos jurídicos que respaldarán los fallos que se sustentan en la Constitución, en las normas aplicables al caso y en la jurisprudencia. Al respecto, Rubio Correa apunta que:

¹¹⁷ Ruiz Molleda, Juan Carlos. ¿Es el Tribunal Constitucional un legislador positivo? <http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0299.htm>

¹¹⁸ Confrontar norma III, literal h, título preliminar del código tributario, TUO aprobado por DS 135-99-EF.

¹¹⁹ La doctrina jurídica realmente provechosa es la que se produce en condiciones de libertad, no la que se encuentra sometida a directivas o intereses subalternos.

¹²⁰ STC 0047-2004-AI/TC, fundamento 45.

(...) la doctrina ha sido recogida y citada intensamente por el Tribunal Constitucional, lo que muestra reconocimiento de esta fuente del Derecho. El Tribunal ha aceptado aportes tanto de la doctrina nacional como de la extranjera.

El Tribunal Constitucional no tiene la convicción de realizar un reconocimiento sólido y enfático de la naturaleza de fuente por una sencilla razón: la doctrina no tiene reconocimiento constitucional explícito, y toda fuente del derecho debe tener base en la norma original pues se trata de regular los procesos de producción de normas jurídicas; a tal punto no tiene reconocimiento primigenio que el Tribunal Constitucional no ha podido siquiera argumentar un reconocimiento implícito en la Constitución Política. El único argumento levantado en su defensa pasa por encontrar apoyo en una práctica judicial: el uso cotidiano de la doctrina para sustentar decisiones. Y en el extremo de la falta de fundamentos cierra la argumentación con la cita literal de un autor de doctrina, quien se limita a enunciar un presunto reconocimiento por el simple uso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; es decir, la falacia del argumento circular en su máxima expresión.

2.6 Derecho a acceder a los medios impugnatorios regulados

Culminada la etapa probatoria y emitida la decisión, resulta fundamental por el principio de doble instancia que todo ordenamiento procesal contemple medios impugnatorios para que la parte que se sienta perjudicada tenga la oportunidad de que otra autoridad revise la primera

decisión. Donaires Sánchez¹²¹ señala que *“la doctrina no es uniforme respecto de cuáles son los principios que rigen la impugnación. Corresponderá a la teoría de la impugnación, ahondar este tema y plantearlo con uniformidad y coherencia (...)”*. A continuación, enumera algunos de los principios sobre los que hay cierto acuerdo en la doctrina:

1. Revisabilidad de los actos procesales.
2. Interés del perjudicado o agraviado.
3. El revisor debe circunscribirse al vicio o error denunciado.
4. Prohibición del uso de dos recursos contra el mismo acto.
5. Prohibición de la *“reformatio in pejus”*.
6. Irrenunciabilidad antelada de hacer uso del derecho del derecho de impugnar.
7. Concurrencia de requisitos de admisibilidad y procedencia. Limitación a la recurribilidad.

2.6.1 Un caso especial de flexibilización de la formalidad procesal

Desde nuestra experiencia judicial, la prohibición de interponer dos recursos contra un mismo acto procesal ha propiciado el desarrollo de una jurisprudencia que confirma tal prohibición pero que a la vez reconoce la existencia de vicios de tal trascendencia que legitiman ciertas articulaciones de nulidad y los correspondientes recursos de apelación contra los autos que las resuelven.

¹²¹ Donaires Sánchez, Pedro. Los principios de la impugnación. <http://www.derechoycambiosocial.com/revista012/principios%20de%20la%20impugnacion.htm>

Los argumentos desarrollados han sido los siguientes. El artículo 365.2 del código procesal civil determina la improcedencia del recurso de apelación contra los autos que se expiden en la tramitación de una articulación. El auto que suele ser apelado es uno que resuelve la articulación de nulidad (remedio) propuesta contra todo lo actuado; por lo tanto, en principio resulta improcedente el recurso. No obstante, con frecuencia se considera necesario emitir un pronunciamiento de fondo sobre las cuestiones propuestas ante la denuncia de vulneración del derecho constitucional a un debido proceso en tanto se habría tramitado el proceso sin citación de los recurrentes.

Decisiones como la descrita tienen antecede en diversas resoluciones emitidas por la Séptima Sala Civil de Lima, tales como las recaídas en la tramitación de los siguientes expedientes:

1. Resolución del 4 de junio de 2007, expediente 1659-2007.
2. Voto del señor Ordóñez Alcántara del 25 de junio de 2007, expediente 1058-2007
3. Voto del señor Ordóñez Alcántara del 15 de octubre de 2007, expediente 2833-2007
4. Resolución del 31 de octubre de 2007, expediente 1965-2007.
5. Sentencia del 29 de noviembre de 2007, expediente 2851-2007.
6. Resolución del 14 de abril de 2008, expediente 3870-2007.
7. Resolución del 17 de abril de 2008, expediente 3171-2007.

8. Resolución del 21 de abril de 2008, expediente 3810-2007.

A través de las decisiones indicadas, el colegiado ha consolidado el criterio jurisprudencial consistente en admitir situaciones de excepción en las que corresponde emitir pronunciamientos de fondo no obstante que los recursos de apelación se han promovido contra autos que resuelven articulaciones de nulidad contra resoluciones. Se ha activado tal excepción en las siguientes situaciones:

1. El auto apelado pone fin a la instancia no obstante resolver una articulación¹²²;
2. El auto apelado puede tener consecuencias sobre el fondo mismo del proceso; en el caso concreto se consolidaba la declaratoria de rebeldía del recurrente¹²³;
3. Se denuncia la falta de notificación de la demanda, es decir, se cuestiona la integridad del proceso¹²⁴;
4. El auto apelado tiene consecuencias graves en la tramitación del proceso: en el caso concreto se disponía no remunerar al administrador judicial sino hasta que finalice el mandato judicial¹²⁵;

¹²² Resolución del 4 de junio de 2007, expediente 1659-2007, fundamento primero. También en el fundamento primero del voto del señor Ordóñez Alcántara del 25 de junio de 2007, expediente 1058-2007.

¹²³ Resolución del 31 de octubre de 2007, expediente 1965-2007, fundamento primero.

5. Se denuncian hechos que afectarían gravemente el derecho a un debido proceso legal; en el caso concreto la empresa demandada denunció que su representante se había coludido con la demandante señalándole un domicilio falso¹²⁶;
6. Se encuentra en discusión el derecho constitucional a obtener tutela judicial efectiva; en el caso concreto se denunció el rechazo de una medida cautelar por una cuestión formal, impidiéndose de ese modo el análisis de la consistencia de los derechos alegados por el recurrente¹²⁷;
7. Se encuentra en discusión el derecho constitucional de defensa; en el caso concreto se denunció la falta de notificación de la demanda¹²⁸.

Sintetizando las razones que han conducido al colegiado a establecer un régimen de excepción, se afirma categóricamente que ello procede siempre que se encuentren involucrados de manera directa

¹²⁴ Resolución del 29 de noviembre de 2007, expediente 2851-2007, fundamento primero.

¹²⁵ Voto del señor Ordóñez Alcántara del 15 de octubre de 2007, expediente 2833-2007, fundamento primero.

¹²⁶ Resolución del 14 de abril de 2008, expediente 3870-2007, fundamentos primero y segundo.

¹²⁷ Resolución del 17 de abril de 2008, expediente 3171-2007, fundamento primero.

derechos fundamentales o principios constitucionales. En efecto, así se desprende de la jurisprudencia reseñada: siempre que estuvieron en cuestión los derechos de acceso al proceso judicial, tutela judicial efectiva, debido proceso legal y de defensa el colegiado ingresó a analizar el fondo del asunto. Esta situación de excepción, por cierto, no garantiza estimar favorablemente los argumentos de los recurrentes; así ha sucedido en los expedientes 3870-2007 y 3810-2007, en los que, finalmente, se desestimaron por el fondo las articulaciones de nulidad propuestas.

Al margen de las cuestiones procedimentales que normalmente impiden la interposición del recurso de apelación contra autos que resolvieron una articulación¹²⁹ o la presentación de remedios contra resoluciones¹³⁰, debe quedar fuera de toda duda la vigencia de la potestad que tiene todo órgano jurisdiccional de controlar constitucionalmente la actividad judicial que llega a su conocimiento, de conformidad con los artículos 138 de la Constitución Política y 1 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Efectivamente, resultaría absurdo que llegado un expediente a conocimiento del colegiado, en el que se advierte de lo actuado graves violaciones de derechos fundamentales o de principios constitucionales, se omita el pronunciamiento debido por una cuestión puramente formal. Más aun: las cuestiones constitucionales no

¹²⁸ Resolución del 21 de abril de 2008, expediente 3810-2007, fundamento primero.

¹²⁹ Confrontar artículo 365 del código procesal civil.

¹³⁰ Confrontar artículo 356 del código procesal civil.

necesariamente deben haber sido denunciadas por los recurrentes: el juez debe denunciarlas y suprimirlas tan pronto las advierta pues “*conoce el derecho*”, de conformidad con el mandato constitucional contenido en el artículo 184.2 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Las ataduras formales establecidas en la legislación procesal se encuentran establecidas para garantizar procesos uniformes (y por tanto justos), razón por la cual sólo pueden ser interpretadas a favor de su desarrollo normal; nunca podrán ser utilizadas para legitimar o consolidar desarrollos anómalos ni conductas temerarias ni de mala fe procesal; mucho menos para legitimar vulneraciones de derechos fundamentales o de principios constitucionales. Sobreponer las formalidades del proceso a los derechos fundamentales o a los principios constitucionales es una conclusión no solo irracional sino inconstitucional desde todo punto de vista.

También se ha explicado que el hecho de que un recurso de apelación pueda conducir a una declaración de nulidad, conforme al artículo 382 del código procesal civil, no significa que pueda interponerse un “*recurso de nulidad*” contra las resoluciones de modo previo a un recurso de apelación. En efecto, los recursos sólo son los de reposición, apelación, casación y queja, regulados por el código procesal civil en los artículos 362 al 405 en una lista cerrada. No puede crearse un nuevo

recurso por medio de la interpretación pues no existe regulación permisiva en tal sentido, conforme al artículo IX del título preliminar del código procesal civil, y porque resultaría absurdo multiplicar la actividad procesal según el arbitrio particular.

Aunque fuera posible reconocer un atípico “*recurso de nulidad*” contra resoluciones, resultaría jurídicamente imposible interponer un recurso de apelación contra la decisión que resuelve el primero, según el texto del artículo 360 del código procesal civil; ello es así porque en tal supuesto se estaría cuestionando, en el fondo, siempre una sola decisión base: la resolución cuestionada con el “*recurso de nulidad*”. Sólo, como ya ha sido explicado, se admite convalidar trámites como el descrito cuando la vulneración de derechos fundamentales resulta manifiesta.

2.6.2 Precisión relativa al procedimiento administrativo

Este derecho, sin embargo, no resulta de aplicación directa al procedimiento administrativo. El Tribunal Constitucional ha indicado que ello es así pues tal trámite se encuentra diseñado como mecanismo de autotutela estatal, hecho que determina que sea el propio Estado quien decida en qué casos corresponde más de una instancia de decisión. Este razonamiento se consolida con el hecho de que toda decisión administrativa se encuentra sometida a la jurisdicción contencioso-

administrativa, en cuya sede se podrá hacer uso de la doble instancia. En palabras del Tribunal Constitucional:

(...) el derecho a la pluralidad de instancias no es un contenido esencial del derecho al “debido proceso administrativo” –pues no toda resolución es susceptible de ser impugnada en dicha sede–; pero sí lo es del derecho al debido proceso “judicial”, pues la garantía que ofrece el Estado constitucional de derecho es que las reclamaciones de los particulares contra los actos expedidos por los órganos públicos, sean resueltas por un juez independiente, imparcial y competente, sede ésta en la que, además, se debe posibilitar que lo resuelto en un primer momento pueda ser ulteriormente revisado, cuando menos, por un órgano judicial superior.¹³¹

2.7 Imposibilidad de revivir procesos fenecidos

El proceso culminará normalmente con la emisión de un pronunciamiento fundado en derecho, el cual pone fin a la controversia surgida entre las partes. Existen dos condiciones bajo las cuales una decisión judicial adquiere la calidad de firme, es decir, la situación en la cual no hay posibilidad de que la materia resuelta pueda ser objeto de nuevo pronunciamiento: consentimiento y ejecutoriedad.

La primera consiste en el hecho de dejar pasar los plazos para impugnar la decisión de primer grado; en tal caso se dice que el presunto afectado ha consentido el sentido dado por el juez a su decisión. La segunda se configura cuando ya no existe posibilidad jurídica ordinaria de

impugnar la decisión por haberse agotado los recursos existentes. Estos mecanismos se encuentran regulados en el artículo 123 del código procesal civil y configuran la institución denominada “cosa juzgada”.

En doctrina se discute la distinción entre cosa juzgada material y formal¹³²; asimismo, el Tribunal Constitucional ha introducido la idea de cosa juzgada constitucional¹³³. Se dice que la cosa juzgada material se

¹³¹ STC 0010-2001-AI/TC, fundamento 3.

¹³² Montero Aroca, Juan. Cosa Juzgada, Jurisdicción y Tutela Judicial. En: Derecho Privado y Constitución, Nro. 8, 1996, p. 257, sintetiza esta polémica del siguiente modo: “(...) se sostiene por la doctrina que la cosa juzgada formal es un efecto propio de todas las resoluciones judiciales, en virtud del cual las mismas se convierten en inimpugnables, mientras que la cosa juzgada material es un efecto propio sólo de las sentencias sobre el fondo por el que todos los órganos jurisdiccionales quedan vinculados respecto del contenido de aquéllas. Pero el caso es que con estas simples caracterizaciones hay ya base más que suficiente para concluir que estamos ante dos fenómenos jurídicos diferentes y aun que parte de la doctrina ya lo había intuido (8), aunque en ella el condicionamiento de la tradición era y es tal que no había dado el paso siguiente y no ha llegado a decir claramente que la cosa juzgada única es la llamada material, mientras que la denominada formal no guarda relación con la anterior al tratarse de lo que la propia ley llama en ocasiones firmeza.”

¹³³ Es importante llamar la atención sobre qué parte de la decisión judicial se entiende que es cubierta por la cosa juzgada. Un sector de la doctrina defendió que ésta sólo se limitaba al mandato judicial mientras que otra sustentó que es el razonamiento mismo de la decisión el que la configuraba. El debate tiene plena vigencia y sentido en relación al procedimiento administrativo pues la administración se encuentra vinculada al sentido de las sentencias judiciales, según el artículo 204 de la Ley 27444. Rubio Garrido, Tomás Rubio. Cosa Juzgada y Tutela Judicial Efectiva. En: Derecho Privado y Constitución, 16, 2002, p. 317-318, expone gráficamente este debate: “¿Puede aún legítimamente defenderse que la cosa juzgada sólo cubre el mandato judicial contenido en el fallo de la sentencia? O, siendo más exactos, ¿puede aún merecer aplauso la afirmación de GÓMEZ ORBANEJA, traduciendo a CHIOVENDA, de que sólo es objeto de cosa juzgada lo que el Juez ordena, siendo irrelevante lo que razona o declara probado? (130). Lo dudo. La función jurisdiccional, con nuestra Constitución en la mano, no puede ceñirse a pronunciamientos imperativos: además, y esencialmente, ha de llegar a pronunciamientos imperativos que sean conformes a la ley y estén razonablemente motivados. Es decir, tanto es exigencia de nuestra arquitectura constitucional más estricta (...), como lo es del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (...), el que las resoluciones judiciales tengan motivación suficiente y razonable (...). ¿Cómo,

caracteriza, típicamente, por los pronunciamientos de fondo, es decir por las sentencias. Sin embargo, también se incluyen los pronunciamientos formales sobre ciertos requisitos de fondo que impiden ingresar a conocer el tema central, básicamente por falta de interés y legitimidad para obrar; es el caso de las excepciones de prescripción, caducidad y de falta de legitimidad para obrar. La consecuencia de una decisión con calidad de cosa juzgada material sería impedir que el tema sea nuevamente discutido en el mismo proceso y en cualquier otro¹³⁴. Por el contrario, la cosa juzgada formal se encontrará limitada a impedir una nueva discusión en el mismo proceso que se toma la decisión; en consecuencia, ésta no podría ser opuesta como cosa juzgada en otro proceso¹³⁵. Son casos típicos de cosa juzgada formal la admisión de medios probatorios, las tachas fundadas, los pronunciamientos de abandono, una excepción fundada de representación defectuosa¹³⁶.

El Tribunal Constitucional ha establecido que la cosa juzgada constitucional es la eficacia que tienen las decisiones del intérprete supremo de la Constitución. Se diferencia de la cosa juzgada ordinaria en

pues, podría prescindirse en el objeto de la cosa juzgada de los hechos que se han declarado probados por el Juez, de los razonamientos por él seguidos, con base en tales hechos, para llegar al fallo?"

¹³⁴ Guasp, Jaime. Los límites temporales de la cosa juzgada. En: Estudios Jurídicos. Madrid: Cívitas, 1996, p. 494

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Para un estudio detallado sobre las decisiones judiciales susceptibles de cosa juzgada ver Montero Aroca, Juan. Op. Cit. pp. 272-284

el hecho de que es un pronunciamiento con efectos *erga omnes*, pues vincula tanto a sujetos de derecho privado como a los poderes del Estado, aunque no hayan participado del proceso. La especial fuerza que rodea a la cosa juzgada constitucional permite afirmar que ninguna sentencia de la jurisdicción ordinaria podrá ser válida si se emite sin observar las condiciones y límites impuestos por aquella.

Las consecuencias de esta decisión se hicieron efectivas en la STC 006-2006-PC/TC; en ella el Tribunal Constitucional declaró nulos los procesos y, por tanto, las sentencias judiciales emitidas contra la jurisprudencia del propio Tribunal sobre la legislación que regula la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas. La decisión se tomó aun cuando no fueron emplazados en el proceso de conflicto de competencias las partes que participaron en los procesos judiciales declarados nulos. Este acto ha sido objeto de críticas, las que han partido, precisamente, de la garantía de la cosa juzgada y de los principios de seguridad jurídica y separación de poderes. Se ha observado que los procesos anulados contenían decisiones judiciales con autoridad de cosa juzgada, al menos formal, y que si existía algún cuestionamiento a tal calidad debía hacerse en el proceso respectivo de amparo o de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, siempre con la posibilidad de que los favorecidos con las sentencias cuestionadas puedan hacer efectivo su derecho de contradicción.

La cosa juzgada tiene límites subjetivos y objetivos. Los primeros impiden oponerla a aquellos sujetos que no han sido parte del proceso; el caso de los procesos constitucionales resulta una excepción, como ya se explicó en relación a la cosa juzgada constitucional. Los segundos resultan de los fundamentos y materia resuelta por la cosa juzgada. En la medida que los supuestos de hecho o derecho varíen la cosa juzgada no podría continuar teniendo efectos.

Esta afirmación tiene consecuencias polémicas; el caso más notorio es el de la situación de los pensionistas del DL 20530 que ganaron procesos judiciales y que en ejecución de sentencia ven disminuidos los derechos declarados judicialmente. Concretamente, los casos son sobre el derecho a obtener una pensión nivelada con el haber de un trabajador en situación de actividad. El Tribunal Constitucional había construido una jurisprudencia sobre la base de la teoría de los derechos adquiridos que justificaba el mantenimiento de ciertos privilegios como la invulnerabilidad de las situaciones pensionarias frente a los cambios normativos. Sin embargo, en el año 2004 se produjo una reforma constitucional que eliminó del sistema jurídico el sustento normativo de la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria¹³⁷; al mismo

¹³⁷ Confrontar Ley 28389:

LEY DE REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 11, 103 Y PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 1.- Modificación del artículo 11 de la Constitución Política del Perú

Agrégase al artículo 11 de la Constitución Política del Perú como segundo párrafo el texto siguiente:

“La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”.

Artículo 2.- Modificación del artículo 103 de la Constitución Política del Perú

Sustitúyese el texto del artículo 103 de la Constitución Política del Perú por el siguiente:

“Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

Artículo 3.- Modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú

Sustitúyese el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú por el siguiente:

“Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley Nº 20530. En consecuencia a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:

1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley Nº 20530.

2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria.

La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria.

El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.

tiempo se desarrolló una legislación de rango legal que dispuso la abolición del sistema de nivelaciones así como la disminución progresiva de las pensiones que se venían pagando. La cuestión que plantean los pensionistas es denunciar la vulneración de la cosa juzgada así como el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. El Tribunal Constitucional ha respondido concluyendo que no se vulnera ni uno ni otro:

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, como todo derecho fundamental, no es ilimitado. Las resoluciones judiciales no sitúan al vencedor en juicio en una suerte de 'ordenamiento aislado' que impida que a éste alcancen las modificaciones jurídicas que puedan tener lugar luego de expedida la sentencia que le favoreció. En efecto, en tanto que las resoluciones judiciales se fundamentan en presupuestos fácticos y jurídicos que condicionan la estimación de una determinada pretensión, la extinción que *a posteriori* y dentro del marco constitucional opere en relación con alguno de tales fundamentos, condicionan y en algunos casos impiden su ejecución. Dicho de otra manera, en estos supuestos, la Constitución admite que una resolución puede devenir en inejecutable.

La reforma constitucional realizada a través de la Ley Nº 28389 ha modificado la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, entre otros factores, derogando la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria y proscribiendo la posibilidad de utilizar la nivelación como sistema de reajuste pensionario. Tales modificaciones, como quedó dicho, no afectan los límites materiales al poder de reforma constitucional, motivo por el cual la ley de reforma es plenamente constitucional.¹³⁸

Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito."

2.7.1 Sobre el procedimiento administrativo

La garantía de la cosa juzgada no se extiende a los procedimientos administrativos. Sin embargo, existe una institución de rasgos parcialmente equivalentes: la cosa decidida. El Tribunal Constitucional ha precisado que: *“Si se recurre en la vía administrativa dentro de los términos y plazos que le ley de la materia establece, se obtendrá un pronunciamiento de la administración que constituirá cosa decidida en tanto y en cuanto se puede recurrir al Poder Judicial mediante la acción contencioso administrativa la que tiene por finalidad que éste revise la adecuación al sistema jurídico de las decisiones administrativas que versen sobre derechos subjetivos de las personas, constituyendo así una garantía de constitucionalidad y legalidad de la administración pública frente a los administrados; así lo establece el artículo 148º de la Constitución Política del Estado.”*¹³⁹ Así las cosas, se puede concluir que el rasgo diferencial viene dado por la posibilidad de contradicción judicial de la cosa decidida administrativa, mientras que la cosa juzgada, en principio, constituye el fin de toda posibilidad de continuar el conflicto.

Precisando las características de la cosa decidida, el Tribunal Constitucional ha indicado que *“(...) el principio de cosa decidida forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa,*

¹³⁸ STC 0050-2004-ACUMULADOS-AI/TC, fundamento 116

*por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente.”*¹⁴⁰ Sin embargo, el propio Tribunal ha establecido que ésta no existe cuando se ha vulnerado el ordenamiento legal o constitucional. Esta clase de pronunciamientos se ha venido dando en los procesos constitucionales mediante los cuales se pretende continuar percibiendo una pensión del sistema del Decreto Ley 20530; en palabras del Tribunal:

12. Finalmente, importa recordar que “el goce de derechos presupone que estos hayan sido obtenidos conforme a ley, toda vez que el error no genera derecho; consecuentemente, cualquier otra opinión vertida con anterioridad por este Colegiado, que haya estimado la prevalencia de la cosa decidida sobre el derecho legalmente adquirido, queda sustituida por los fundamentos precedentes”.

13. En consecuencia, al no haberse demostrado el cumplimiento de los requisitos legales previstos para el acceso al régimen previsional del Decreto Ley 20530, no se ha configurado la vulneración del derecho a la pensión de la demandante, motivo por el cual este Colegiado desestima la demanda¹⁴¹.

El camino tomado por el Tribunal Constitucional resulta, una vez más, controvertido. Según el artículo 9 de la Ley 27444, Ley del procedimiento administrativo general, se presume que los actos administrativos son válidos mientras su nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o judicial. La declaración de nulidad sólo puede darse como parte de un procedimiento administrativo impulsado a pedido de parte, de oficio (en ciertas condiciones, como por el ejemplo dentro del

¹³⁹ STC 0080-1996-AI/TC, fundamento 32.

¹⁴⁰ STC 2725-2008-HC/TC, fundamento 16.

límite temporal previsto por el artículo 202 de la Ley 27444), o dentro de un proceso judicial contencioso administrativo o constitucional¹⁴². Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha decidido analizar la legalidad de los actos administrativos al margen de las vías procedimentales, privándolos de eficacia y, en la práctica, de validez, en procesos en los que la controversia no ha girado en torno a sus requisitos constitutivos. Esta tendencia no se ha limitado al caso de las pensiones del DL 20530 sino al caso de las pensiones de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público¹⁴³.

2.8 Derecho a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado con claridad que:

[...] no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. Este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica,

¹⁴¹ STC 2771-2007-AA/TC, fundamentos 12 y 13.

¹⁴² Nos referimos a un amparo cuya pretensión sea anular un acto administrativo por vulneración de derechos fundamentales.

¹⁴³ Confrontar STC 1676-2004-AC/TC y STC 2214-2006-AC/TC mediante las cuales se priva de eficacia a resoluciones administrativas con autoridad de cosa decidida que reconocieron derechos pensionarios y beneficios sociales a magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público. Los procesos no tenían como objeto la declaración de ineficacia ni nulidad de los actos administrativos, se pretendía su cumplimiento ante la renuencia del Ministerio de Economía a otorgar los recursos económicos para su satisfacción.

porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión.¹⁴⁴

La garantía de la actuación adecuada de las resoluciones judiciales se encuentra íntimamente vinculada a la garantía de la cosa juzgada. En efecto, impedir la actuación adecuada de las resoluciones supone desconocer la fuerza vinculante que se desprende de la calidad de cosa juzgada. Por esa razón, los comentarios vertidos en relación a la cosa juzgada realizados en el anterior punto resultan de aplicación al presente punto.

2.9 Derecho a la observancia del principio de legalidad del proceso penal:

El principio de legalidad se entiende de dos formas complementarias: como exigencia de una fuente formal de derecho mínima¹⁴⁵ y como exigencia de tipicidad. La primera consiste en la prohibición de legislar sanciones y procedimientos sancionadores mediante normas de rango inferior al de la Ley. La segunda en la configuración de normas que cumplan con ciertas condiciones ante cuya

¹⁴⁴ Corte IDH. Caso cinco pensionistas vs. Perú. Sentencia del 28 de febrero de 2003, párrafo 123.

¹⁴⁵ Para un estudio detallado del principio de legalidad como sujeción formal a las normas con rango de ley ver: Rubio Llorente, Francisco. El Principio de Legalidad. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Nro. 39, 1993

falta no puede existir sanción legítima; en tal sentido, la norma sancionadora debe ser: escrita, previa, estricta y cierta. En la STC 5007-2005-HC/TC se señala:

(...) el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*).

Un corolario del principio de legalidad penal viene dado por el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables. En efecto, si la premisa es la preexistencia de una norma de rango legal para ejercer el ius puniendi estatal, resulta descartada de plano la aplicación de una norma a hechos ocurridos antes de su entrada en vigencia. Esta afirmación suele perderse de vista en nuestro ordenamiento en tanto el principio de irretroactividad tiene una forma jurídica absoluta¹⁴⁶, cuya única excepción es, precisamente, la norma sobre materia sancionadora favorable al procesado¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Decimos absoluta pues en nuestro ordenamiento ninguna norma tiene fuerza ni efecto retroactivo (salvo las favorables en materia penal; confrontar artículo 103, Constitución Política), sin embargo en sistemas jurídicos como el español la fórmula es inversa: sólo está prohibida la retroactividad que impone sanciones o restringe derechos, dejando así abierta la posibilidad de que se integren al ordenamiento normas retroactivas siempre que cumplan con las condiciones indicadas.

¹⁴⁷ Huerta Tocildo, Susana. El derecho fundamental a la legalidad penal. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Nro. 39, 1993, p. 85, realiza un preciso recuento de las exigencias del principio de legalidad: "1) *reserva absoluta de ley en sentido formal (nullum crimen, nulla poena «sine lege»*); 2) *irretroactividad de las normas penales desfavorables y retroactividad de las favorables (nullum crimen, nulla poena «sine lege praevia»*); 3) *exigencia de*

2.9.1 Sobre el procedimiento administrativo

El principio de legalidad, como exigencia de tipicidad, en el procedimiento administrativo sancionador resulta mediatizado. La exigencia de una norma con rango de ley para configurar los tipos y las sanciones correspondientes puede ser neutralizada a través de normas con rango de ley que autoricen la especificación de tipos o graduación de sanciones por normas de menor rango; al mismo tiempo, se abre la posibilidad de que una ley autorice directamente la tipificación y establecimiento de sanciones por normas de menor jerarquía.¹⁴⁸

La entrada en vigencia de la Ley 27444¹⁴⁹ supuso un cambio radical a favor de las garantías procesales de los administrados. Uno de ellos viene dado por el contraste en las exigencias de tipicidad¹⁵⁰:

tipicidad y consiguiente exclusión de la costumbre y de la analogía como fuente de delitos, penas y circunstancias de agravación, así como de la interpretación extensiva in malam partem (nullum crimen, nulla poena «sine lege praevia scripta et stricta»); 4) exigencia de taxatividad en la descripción de las conductas típicas (nullum crimen, nulla poena «sine lege praevia scripta, stricta et certa»).”

¹⁴⁸ Confrontar artículo 230.4, Ley 27444.

¹⁴⁹ Ley del procedimiento administrativo general, LPAG.

¹⁵⁰ Resulta útil revisar antiguos artículos como el de Gonzales Grimaldo, Mariano Carmelo. Op. Cit. p. 312, en los que se manifiesta el debate sobre si los principios penales resultan aplicables a los procedimientos sancionadores administrativos: “¿Es aplicable a la potestad sancionadora la tipicidad de los delitos o faltas? Sin inclinarnos por una u otra postura, pues estimamos que el tema exige una mayor profundidad, aunque en principio participamos de la contestación afirmativa, creemos posible utilizar aquí la técnica de los principios jurídicos indeterminados. Es decir, que si no es posible aplicar las reglas de la tipicidad, no cabe duda que el único medio de control de esa gama variada de actuaciones contrarias al orden público se basa en la determinación

con la antigua legislación se permitió el establecimiento de reglamentos y directivas en los que se tipificaron infracciones y sanciones por órganos administrativos de todo tipo, sin existir un orden jerárquico estable ni homogéneo¹⁵¹. Vigente la LPAG, tales reglamentos y directivas no podían continuar siendo legítimos y sin embargo continuaron en aplicación. Ante tal situación, la sala contencioso administrativa de Lima observó la necesidad de conservar la estabilidad del ordenamiento jurídico sancionador administrativo vigente hasta antes de la entrada en vigencia de la LPAG. La sala estableció así un régimen de transición normativa que supuso permitir que la garantía formal del principio de Legalidad se encuentre satisfecha con la publicación, anterior a la entrada en vigencia de la LPAG, de reglamentos autorizados por una norma con rango de ley¹⁵².

3. Dimensión sustantiva o material del derecho a un debido proceso

La dimensión sustantiva o material del derecho a un debido proceso garantiza que el contenido de la decisión cumpla con estándares mínimos de consistencia textual y lógica, con el propósito de que no se

jurisprudencial del concepto, mediante una labor de exégesis que delimite la actuación contraria a la noción legal.”

¹⁵¹ Confrontar, por ejemplo, la Resolución de Gerencia General N° 204-99-GG/OS, que aprobó las pautas para la imposición de las sanciones previstas en la Resolución Ministerial N° 176-99-EM-SG, publicada el 23 de abril de 1999, que aprueba la Escala de Multas y Sanciones que aplica el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía -OSINERG- por infracciones a las Leyes de Concesiones Eléctricas y Orgánica de Hidrocarburos. La resolución de gerencia general no fue siquiera publicada en el diario oficial.

¹⁵² Confrontar sentencia del 22 de mayo de 2006, emitida por la segunda sala transitoria contencioso-administrativa de Lima, expediente 0301-2006.

afecten, ilegítimamente, derechos fundamentales¹⁵³. En la STC 1209-2006-PA/TC, fundamento 30, el Tribunal Constitucional señala:

30. El debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental (y no sólo los establecidos en el artículo 4° del CPConst.). (...)

31. (...) a partir de la dimensión sustancial del debido proceso, cualquier decisión judicial puede ser evaluada por el juez constitucional no sólo con relación a los derechos enunciativamente señalados en el artículo 4° del CPConst. sino a partir de la posible afectación que supongan en la esfera de los derechos constitucionales.

La defensa del derecho al debido proceso en su aspecto sustantivo ha sido impulsada por el Tribunal Constitucional de modo explícito desde la STC 3179-2004-AA/TC, decisión en la que se decide variar la línea jurisprudencial consistente en considerar que sólo era objeto del proceso de amparo la defensa del derecho al debido proceso formal, y se describen a continuación las condiciones bajo las cuales se realizará el control constitucional de las resoluciones judiciales, teniendo como horizonte todos los derechos constitucionales y no solo la faz formal del debido proceso. Castillo Córdova comenta que esta decisión revela que el tribunal desconoce su propia jurisprudencia pues en decisiones anteriores ya se había otorgado tutela procesal frente a la violación del aspecto sustantivo del

¹⁵³ Castillo Córdova, Luis. El proceso constitucional de amparo. En: Estudios y jurisprudencia del código procesal constitucional. Análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p.171

derecho; agrega que tampoco ha existido una limitación legislativa sobre el control sustantivo del debido proceso¹⁵⁴.

3.1 Principio de razonabilidad

En nuestra práctica judicial hemos constatado con frecuencia la vulneración de valores constitucionales a partir de interpretaciones literales de las normas sobre formalidades del proceso, sin que los jueces que incurren en estos problemas expongan, al menos que se note en sus textos, una justificación mínima en defensa de la literalidad. Un caso paradigmático es el siguiente. En el expediente 461-2008, tramitado en la séptima sala civil de Lima, el juez rechazó el ofrecimiento de dos medios probatorios (declaración de parte y testimonial) por considerar que no habían sido ofrecidos *“como prueba en el rubro de medios probatorios del escrito de contestación a la demanda”*, es decir, la mención a las pruebas ofrecidas no estaba listada en la sección del escrito correspondiente a su enumeración. La agraviada sostuvo que *“si bien es cierto que los pliegos interrogatorios (...) no fueron nombrados en rubro medios probatorio, empero, es cierto que fueron adjuntados en nuestra contestación de demanda en sobre cerrados y señalados como anexos de nuestra demanda”* (sic).

¹⁵⁴ Ibídem p. 173

El colegiado constató que, en efecto, la recurrente no mencionó los medios probatorios en la sección “*Medios Probatorios*” del escrito de contestación de la demanda, sin embargo sí fueron consignados en la sección “*Anexos*” del mismo escrito como anexos 1-i, 1-j, 1-k. De acuerdo a lo anterior, el colegiado verificó que la materia del grado se reducía a decidir si la inadecuada ubicación formal de los medios probatorios en el escrito de contestación justificaba impedir su ingreso al proceso.

El colegiado argumentó que se encontraban en conflicto dos valores jurídicos, uno de orden constitucional: el derecho a probar, que forma parte del derecho a un debido proceso legal, de conformidad con los artículos 139.3 de la Constitución Política y 4 del código procesal constitucional; y otro de nivel legal-formal: el orden y precisión en la presentación de la información de los escritos, cuya fuente está constituida por los artículos 130.8, 424 y 442 del código procesal civil.

El colegiado concluyó que la situación preferida por el juez de primera instancia no superaba un examen de razonabilidad y proporcionalidad pues preferir el rigor de la forma del escrito por encima del derecho a probar no resulta justificado dado que implica la vulneración del principio de jerarquía de las normas: la decisión del juez suponía preferir un valor de rango legal (la forma del escrito) por sobre un valor de rango constitucional (el derecho a probar). Se concluyó así que la decisión del juez se encontraba afectada de nulidad por vulneración del

derecho constitucional a la prueba. Esta conclusión no supuso librar de toda responsabilidad a la recurrente pues había aceptado expresamente que vulneró la exigencia de precisión en la redacción de su escrito de contestación de la demanda; de manera tal que se dispuso que el juez de primera instancia evalúe si tal falta de diligencia debía ser reprimida con alguna de las sanciones previstas por el código procesal civil, conforme a los artículos 52.3 y 109.6 del código procesal civil.

El Tribunal Constitucional ha indicado que *“El principio de razonabilidad exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger y promover un fin constitucionalmente valioso, en esta perspectiva debe perseguirse garantizar un fin legítimo y además de rango constitucional”*¹⁵⁵. Este principio es una manifestación del principio de jerarquía de las normas; sin embargo, no se detiene en la constatación del rango de los valores enfrentados. Ante el conflicto de dos valores constitucionales, la solución viene dada por el desarrollo del principio de proporcionalidad, comentado en el siguiente apartado.

Bustamante Alarcón, refiriéndose al derecho a la prueba, describe el principio de razonabilidad en los siguientes términos¹⁵⁶:

(...) Este principio exige que los límites, el estatuto, la regulación y, en general, cualquier decisión que involucre al proceso justo (y por ende a los elementos que integra su contenido) así como a los

¹⁵⁵ STC 1209-2006-PA/TC, fundamento 54.

¹⁵⁶ Bustamante Alarcón, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. Lima : ARA, 2001, p. 162

demás derechos fundamentales, debe obedecer a un fin lícito, y los medios utilizados para conseguirlos deben ser proporcionales.

La exigencia del fin lícito, como primer parámetro de razonabilidad, significa que cualquier medida que involucre al derecho a la prueba debe obedecer a causas objetivas de justificación, basadas en criterios de verdad y de justicia (por ejemplo, en la necesidad de proteger otro derecho fundamental u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos); por lo tanto, cualquier límite, acto, regulación o decisión sobre el derecho a la prueba que resulte irrazonable o arbitrario deviene en inválido.

Por otro lado, la exigencia de proporcionalidad, como segundo parámetro de razonabilidad, exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean necesarios, adecuados y proporcionados, es decir, que además de ser imprescindibles para alcanzarlo, existe una adecuada correspondencia, armonía o proporción, entre la limitación, regulación o decisión y el fin que pretende alcanzarse. Si tal proporción no existe, la norma o decisión limitadora o reguladora será inválida.

3.2 Principio de proporcionalidad

Como se ha concluido, el diseño de la dimensión material del derecho a un debido proceso supone la confrontación de lo decidido con las consecuencias que su cumplimiento ocasionaría en la esfera del individuo. En tal contexto, y teniendo en cuenta que la persona humana es el fin supremo del Estado y la sociedad, para que se pueda entender como válida una intervención en los derechos fundamentales se debe observar tres parámetros o sub-principios: de idoneidad o adecuación, de necesidad y de ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto).

El Tribunal Constitucional ha expresado que el principio de proporcionalidad se estructura de la siguiente manera¹⁵⁷:

(...) el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

B. Procedimiento administrativo

A través de la actividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se consolidó el reconocimiento de este derecho a nivel del procedimiento administrativo: “*si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que*

¹⁵⁷ STC 579-2008-PA/TC, fundamento 25.

*deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos*¹⁵⁸. Conforme a este punto de partida, lo expuesto hasta el momento en relación a los componentes del derecho a un debido proceso judicial resulta aplicable, de modo general, al procedimiento administrativo; los matices, precisiones y limitaciones han sido plasmados de modo puntual en cada caso.

A continuación observamos que, de acuerdo a la legislación nacional vigente, el derecho a un debido procedimiento administrativo comprende:

3. Principio del debido procedimiento

1.1 Derecho a exponer argumentos y a las alegaciones

El procedimiento administrativo (entendido como proceso de formación de la voluntad de la administración pública) se estructura en una serie de actuaciones articuladas en trámites. Cuando el proceso está próximo a finalizar, y se han tomado en consideración hechos o pruebas distintos de los aducidos o propuestos por el interesado, el órgano gestor del procedimiento tiene que ofrecer a aquel la oportunidad de expresar nuevos razonamientos y presentar otros datos y documentos. La

¹⁵⁸ Caso Tribunal Constitucional, párrafo 69.

presentación de alegaciones en el trámite de audiencia es plenamente compatible con la presentación de documentos¹⁵⁹ por una razón esencial: en los procedimientos administrativos es el interés público el que mayor presencia tiene, a diferencia de los procesos judiciales, en los que la mayoría de conflictos se produce entre sujetos de derecho privado.

En ese sentido, es útil notar que el procedimiento administrativo resulta ser más flexible que el proceso judicial en cuanto al principio de preclusiones procesales. En efecto, en un proceso judicial el vencimiento de los plazos conduce, generalmente, a la conclusión total de la oportunidad ofrecida en el plazo.

Este rigor formal produce no pocos problemas. Es el caso de las defensas incompetentes en las que las partes, en la confianza de encontrarse formalmente defendidas, no reparan en el poco rigor y, en ocasiones, falta de escrúpulos, de algunos abogados que dejan pasar los plazos previstos para las actuaciones judiciales. Producida la pérdida del plazo no pocos justiciables alegan que sus abogados no les comunicaron la necesidad de interponer el recurso de apelación. Y los jueces se ven a menudo en la disyuntiva de flexibilizar el principio de preclusión procesal o mantener el rigor formal a favor de la seguridad jurídica. La solución, desde nuestra perspectiva práctica, no puede ser tomada en términos absolutos sino caso por caso; estas situaciones son analizados

¹⁵⁹ Confrontar artículo 161, Ley 27444.

puntualmente a través del medio impugnatorio denominado recurso de queja¹⁶⁰.

1.2 Derecho a ofrecer y producir pruebas

Huapaya Tapia¹⁶¹ señala respecto de este derecho:

Si los administrados afectados con el procedimiento, solicitan razonablemente la producción de prueba en el mismo, la Administración debe permitirla, a fin de tener las comprobaciones respectivas para la mejor adopción de una decisión. La omisión de la producción de prueba razonablemente propuesta vicia el procedimiento administrativo, debido a que no se permite que el particular participe para adoptar la decisión final que se tenga, vulnerándose de esta manera su derecho a la producción de la prueba producida en el ámbito del procedimiento.

La producción de pruebas en el caso del procedimiento administrativo peruano se realiza en la etapa de instrucción, donde el órgano de instrucción realiza la investigación correspondiente para que luego otro sea el que adopte la decisión. Al respecto, HUAPAYA TAPIA¹⁶² comenta: *“El legislador ha querido que la etapa de producción y actuación probatoria se realice en el marco de la fase de*

¹⁶⁰ Confrontar artículo 401 del código procesal civil y siguientes. En el caso del procedimiento administrativo, la rigidez de los plazos puede ser objeto de examen a través de la queja por defectos de tramitación, previsto por el artículo 158 de la Ley 27444.

¹⁶¹ Huapaya Tapia, Ramón. Informe Práctico Administrativo. ¿Cuáles son los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General? En: Actualidad Jurídica N° 141, p. 184

¹⁶² Huapaya Tapia, Ibídem

instrucción del procedimiento administrativo. Precisamente, luego de los actos del inicio, y de la denominada “ordenación” del procedimiento, se debe dar una frase de instrucción en la cual se acopian los elementos necesarios para la adopción de la decisión puesta a conocimiento de la autoridad administrativa. Por tanto la prueba debe producirse en esta fase, motivo por el cual, en caso no se produzca la prueba antes de adoptarse la decisión, habrá una vulneración al debido procedimiento administrativo”.

1.3 Derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho (6, 27444)

Al respecto, resulta aplicable lo expuesto en el apartado 2.5 de este trabajo.

1.4 Derecho al plazo razonable (IV.1.9, 27444)

El derecho al plazo razonable se ha encontrado típicamente vinculado a la imposición de una pena, sea en el ámbito penal o administrativo sancionador, es decir, ligado a la potestad punitiva del Estado. No obstante, las corrientes garantistas de los derechos de los

administrados avanzan en la interpretación de un plazo razonable y sostienen que también debe entenderse referido a la oportunidad de la respuesta de la administración frente a las peticiones de los administrados, ya que, como resulta lógico, un pronunciamiento tardío puede resultar tan lesivo como uno contrario a derecho¹⁶³.

Este aspecto del derecho a un debido procedimiento resulta de particular importancia. Por años se ha librado una lucha contra el trámite excesivo en la sustanciación de los procedimientos. Asuntos tales como la remisión de copias de documentos que la propia entidad administrativa poseía, o la exigencia de documentación innecesaria adicional (recibos de servicios para acreditar un domicilio) dilataban el procedimiento; hecho que además ha acrecentado el desprestigio de la administración pública. La Ley del procedimiento administrativo general ha supuesto el fin, al menos formal, de esta clase de exigencias con normas categóricas como el artículo 41, sobre documentación prohibida de solicitar, entre la que destaca aquella que, por alguna razón, posee o debe poseer la propia administración.

De otro lado, el mecanismo más eficaz para evitar que la inercia de la administración pública devenga en esperas interminables viene dado por los silencios administrativos. A tal efecto, la Ley 29060 ha desarrollado el régimen de silencios aplicables. Cabe destacar en este

¹⁶³ Comisión Andina de Juristas. Protección de los Derechos Humanos.

punto el establecimiento del silencio administrativo positivo para la aprobación de ciertos trámites, como los referidos a solicitudes que habiliten el ejercicio de derechos preexistentes o el desarrollo de actividades que no estén expresamente excluidas por la ley del silencio positivo.

La principal consecuencia de la aplicación de los silencios es poner fin a la instancia administrativa, sea de modo positivo a la posición del administrado o de modo negativo. En el primer supuesto, con el cumplimiento del plazo, se entiende aprobada la solicitud que ha provocado el inicio del procedimiento; ello es así, sobretodo, en los trámites de licencias municipales. En el segundo supuesto, con el cumplimiento del plazo, se entiende denegada la petición del administrado, hecho que lo habilita para interponer medios impugnatorios o, de no existir éstos, interponer demanda contencioso-administrativa.¹⁶⁴

1.5 Derecho de acceso al expediente (160, 27444)

Para el ejercicio del derecho de defensa es necesario conocer no sólo las actuaciones de las partes, sino también la de los órganos resolutores; estas actuaciones no se limitan a la decisión final, sino que se prolongan a lo largo del procedimiento en una serie de proveídos y

Definiciones Operativas. Lima: CAJ, 1997, p. 153

¹⁶⁴ Confrontar artículo 188 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

articulaciones durante el procedimiento. De este modo, resulta claro que un administrado no podría ejercer un pleno derecho al contradictorio en la medida que no pueda tener cabal conocimiento del contenido exacto del trámite en el que está involucrado. Surge así el derecho del administrado a acceder al expediente en el cual se está llevando el procedimiento que le interesa¹⁶⁵. Delimitado así, este derecho resulta instrumental, conducente a la tutela de otros derechos como el mencionado contradictorio; el propósito final de esta situación jurídica de ventaja es mantener en una posición de igualdad al administrado frente a la administración, es decir, un equilibrio de posiciones. Razonar en sentido contrario conduce al absurdo de reconocer la existencia de procedimientos secretos, sometidos en última instancia a la plena voluntad de la administración pública.

La plena vigencia de este derecho, sin embargo, no supone que no tenga límites. En efecto, tal como ha señalado constantemente el Tribunal Constitucional, ningún derecho fundamental es ilimitado¹⁶⁶ y todos encuentran sustento en la relación armónica con otros valores constitucionales; de otro modo resultaría el simple cambio del imperio de la arbitrariedad por el imperio de las situaciones subjetivas.

¹⁶⁵ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, séptima edición, p.450

¹⁶⁶ Confrontar STC3740-2007-HA/TC, fundamento 3: “(...) *ningún derecho fundamental puede ser ilimitado en su ejercicio, ya que pueden existir límites intrínsecos (los que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión) así como aquellos denominados extrínsecos (que se deducen a partir de un análisis integral del ordenamiento jurídico, y que responden a la necesidad de proteger otros bienes, valores o derechos constitucionales).*”

En el ámbito de los procesos judiciales, uno de los límites a este derecho viene dado por un momento concreto en el procedimiento de investigación del delito: la etapa reservada de instrucción. Este momento del trámite constituye la oportunidad para recopilar toda la información y eventualmente los medios probatorios relevantes sobre la comisión del delito. El propósito de esta importante limitación al acceso al expediente es evitar que el investigado perturbe la actividad investigadora; sucede que los actos perturbatorios podrían producir, incluso, la supresión o alteración de medios probatorios.

Una situación similar se puede predicar de los procedimientos administrativos, aunque no existe una norma explícita sobre la posibilidad de limitar el acceso al expediente mientras no se recopile la información previa al inicio formal del procedimiento. Morón Urbina opina que “(...) *la prudencia amerita reservarse hasta haber recopilado la evidencia suficiente para obtener la conclusión debidamente sustentada de todos los hechos acontecidos y, sólo antes de emitir la declaración de voluntad de la Administración, dar la vista al interesado a fin de que exponga sus argumentaciones y evidencias.*”¹⁶⁷

1.6 Principios del derecho administrativo

¹⁶⁷ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. Cit. p. 273

Los principios del derecho administrativo se encuentran previstos, básicamente, para regular la actuación de la administración, que se rige por la literalidad de sus facultades, es decir, sometida al Principio de Legalidad. Si bien el artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444 contiene varios de éstos, a lo largo del texto del mencionado cuerpo legal también se encuentran otros de manera implícita (por ejemplo, el Principio de Conservación del Acto Administrativo previsto en el artículo 14).

Los principios son de dos tipos: fundamentales o sustanciales e institucionales. Los primeros no son exclusivos del ordenamiento administrativo, forman parte del orden constitucional pero su poder de irradiación se extiende sin duda alguna hacia la actividad de la administración pública. Su inclusión en la Ley 27444 responde a la necesidad de acercar su texto al administrado y a los propios funcionarios públicos, evitándose así que su ausencia pueda ser interpretada como inaplicabilidad al procedimiento administrativo. Los principios institucionales sí pertenecen al ordenamiento administrativo y pueden ser diferenciados en dos tipos: los de la actividad administrativa y los del procedimiento administrativo. Los primeros se irradian a toda la actividad de la administración pública, sea en el procedimiento administrativo o en otra clase de procedimientos. Son principios de este tipo: impulso de oficio, imparcialidad, uniformidad y predictibilidad. Los principios del procedimiento administrativo, en sentido estricto, son los de informalismo,

presunción de veracidad, celeridad, eficacia, verdad material, simplicidad y privilegio de controles posteriores¹⁶⁸.

1.7 Supletoriedad restringida

Cordero Torres manifiesta algunas cuestiones que deben tenerse presente en el proceso de adoptar la aplicación supletoria del ordenamiento procesal civil al procedimiento contencioso administrativo¹⁶⁹, plenamente aplicables al procedimiento administrativo peruano en tanto se trata del examen de la actividad de la administración pública:

La Ley de Enjuiciamiento Civil está redactada pensando en la igualdad absoluta de las partes a causa de la equivalente naturaleza jurídica de sus pretensiones, entre las que raramente juega el interés público—por ejemplo, en los litigios que afectaren a un menor o desvalido— contra la insoslayable presencia de dicho superior interés en todo litigio administrativo; ello combinado con las ideas decimonónicas de que la dilación y la complicación estaban unidas a la mayor garantía del acierto en el fallo, y de que las partes podrían impulsar el curso de las actuaciones con

ventajas sobre la dirección del Juez y sin menoscabo de la Justicia.

¹⁶⁸ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. Cit. p. 60-61.

¹⁶⁹ Cordero Torres, José María. La ley de enjuiciamiento civil como supletoria del procedimiento contencioso administrativo. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 1958, p. 16-17

En efecto, la aplicación indiscriminada¹⁷⁰ de los principios, normas y razonamiento del derecho civil y procesal civil al procedimiento administrativo, proceso contencioso administrativo, e incluso procesos constitucionales de garantías, es un problema recurrente. Las manifestaciones de estas prácticas son variadas y van desde actos sutiles hasta las más groseras deformaciones de los fines de los procesos de control jurisdiccional de la actividad de la administración pública.

En nuestra práctica judicial en procesos constitucionales hemos podido detectar una muy recurrente: la declaración de sustracción de la materia cuando la afectación del derecho fundamental deviene irreparable o cesa. El código procesal constitucional, siendo un importante avance en materia de orden y rigor en la defensa de derechos fundamentales, es interpretado de modo tal que esta práctica se mantiene vigente, a tal punto que es el propio Tribunal Constitucional el que la perpetúa¹⁷¹. Para decirlo sintéticamente, la sustracción de la materia¹⁷² en asuntos en los que no se discuten cuestiones de derecho privado es perniciosa porque legitima las vulneraciones del orden constitucional única y exclusivamente por el paso del tiempo, circunstancia que en casi la totalidad de los casos no es responsabilidad del afectado sino de los demandados, es decir, de

¹⁷⁰ Morón Urbina utiliza la expresión “*hábito irreflexivo*”. Confrontar ob. cit. p. 101

¹⁷¹ Son usuales los pronunciamientos al respecto, como el recaído en la RTC 4530-2008-HA/TC.

los agresores; se crea así un incentivo perverso: el agresor hará todo lo posible para que el tiempo haga que el daño al derecho sea irreparable, o cesará en su violación tan pronto como una sentencia en contra sea inminente.

Por el contrario, en los procesos civiles la base sobre la cual se trabaja es el interés privado; siendo así, las partes son las únicas interesadas en el impulso del proceso, de modo tal que el tiempo sólo puede correr contra ellas si no despliegan los actos necesarios para evitarlo. De esta manera, muchos procesos son declarados en abandono por falta de impulso y en otros tantos se sustraerá la materia controvertida, siempre en el entendido de que ello obedece a falta de interés de las partes y sólo las afecta a ellas (pues los derechos en discusión son disponibles), no al ordenamiento constitucional vigente.

Una situación sustancialmente idéntica a los procesos constitucionales se produjo en las salas contencioso-administrativas entre los años 2005 y 2006. El 10 de marzo de 2005, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales una serie de ordenanzas municipales emitidas por la Municipalidad de Surco sobre arbitrios municipales¹⁷³, disponiendo que ningún procedimiento de ejecución coactiva, basado en ordenanzas inconstitucionales o sustancialmente idénticas, podría subsistir. Mientras

¹⁷² Sobre la base del argumento consistente en que el derecho vulnerado es irreparable o su violación ha cesado.

¹⁷³ Confrontar STC 00041-2004-AA/TC

tanto, ante las salas contencioso administrativas, las municipalidades presentaron escritos solicitando la sustracción de la materia de los procesos de revisión judicial de procedimientos de ejecución coactiva basados en ordenanzas sobre la materia proscrita por el Tribunal Constitucional. El argumento era: no tiene sentido seguir en el proceso porque el Tribunal Constitucional ha ordenado cerrar los procedimientos de ejecución coactiva. Sin embargo, el fin del proceso de revisión judicial es el control de la actividad de la administración pública al punto que puede determinar el establecimiento de responsabilidad administrativa del ejecutor y auxiliares¹⁷⁴, por tanto, se encuentra más allá del interés particular del administrado que dio inicio al proceso.

De otro lado, Cordero Torres indica que la aplicación en bloque del ordenamiento civil produciría una anomalía procesal por la excesiva complejización del trámite¹⁷⁵, característica de los procesos judiciales. En efecto, nuestro procedimiento administrativo es caracterizado por el principio de informalidad y flexibilización de requerimientos rigurosos por oposición al proceso judicial que se muestra engorroso¹⁷⁶.

4. Principio de razonabilidad. Condiciones de la actuación administrativa: 1. Encontrarse dentro de los límites de la facultad atribuida a la administración, 2. Proporción entre los medios a

¹⁷⁴ Confrontar artículos 22, 23, 24 y 39 de la Ley 26979, Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva.

¹⁷⁵ Cordero Torres, José María. Op. Cit. p. 17

¹⁷⁶ Morón Urbina explica que ello se debe a que el proceso judicial está pensado para relaciones procesales bilaterales formales mientras que en el procedimiento administrativo prima el interés público en causas flexibles e informales. Confrontar op. Cit. p. 101

emplear y los fines públicos a tutelar, 3. Sólo lo necesario para la satisfacción del cometido (IV.1.4; 230.3; 55.10; 196; 216.3, Ley 27444)

Al igual que en el proceso judicial, el principio de razonabilidad en el procedimiento administrativo se encuentra guiado por la lógica de proteger a la persona de la imposición de medidas gravosas injustificadas por las circunstancias de hecho o de derecho, a tal punto de vulnerar sus derechos fundamentales. Morón Urbina¹⁷⁷ comenta al respecto:

El principio de razonabilidad ha sido concebido por la Comisión como una regla particularizada para las decisiones de gravamen sobre los administrados, ya que se entiende que estas medidas convergen en afectaciones admitidas sobre los derechos y bienes de los administrados.

En tal sentido, teniendo como ámbito protector a la persona humana y arbitrando razonablemente con el interés público, la Ley mediante este principio da una pauta fundamental a la autoridad que tiene la competencia para producir actos de gravamen contra los administrados: producida de manera legítima, justa y proporcional.

Más concretamente respecto a la facultad sancionadora de la administración, el mismo autor comenta:

Este inciso constituye una concreción del principio de razonabilidad que se establece en el título preliminar (art. IV ítem 1.4.) que se juzgó necesario para enfatizar que en la actuación administrativa sancionadora se niega las posibilidades de discrecionalidad administrativa, y además establecer un indicador específico de control sobre la actuación sancionadora.

La razonabilidad, en su vertiente de proporcionalidad tiene como principales consecuencias para el ejercicio de la potestad sancionadora:

¹⁷⁷ Morón Urbina, op cit. p. 70

- La aplicación moderada de las sanciones. Como las sanciones no son técnicas de política de gobierno sino técnicas de represión establecidas en función de las infracciones comprobadas en que incurrir los administrados, deben ser impuestas en la forma y medida estrictamente necesarias para que cumpla su finalidad.

- La limitación de la discrecionalidad administrativa. La decisión acerca de la cuantía de la sanción (por ejemplo multa) no constituye una decisión libre dentro de los márgenes máximos y mínimos previstos, sino que debe ser sustentada en función de la gravedad de los hechos y los criterios de graduación esclarecidos por la ley (intencionalidad, perjuicio causado, circunstancias de la comisión de la falta, la repetición de la comisión, etc.). Algunos ordenamientos sectoriales incluyen también entre estos criterios la conducta resarcitoria del infractor que permite favorecerse de su posterior conducta colaboradora con la administración o el perjudicado (derecho premial).

Ahora bien, existiendo una conducta constitutiva del ilícito predeterminado en la ley, es necesario que la sanción a aplicar pondere una serie de elementos prefijados en la norma para que sea proporcional. Es conocido como un exceso de punición el vicio de nulidad del acto administrativo incurrido cuando la sanción imponible o impuesta a un administrado no guarda proporcionalidad con el objeto de la norma represiva que sustentó el dictado del precepto como la emisión del acto administrativo sancionador. En este sentido, el exceso de punición es un típico ejemplo, de falta de proporcionalidad entre el contenido del acto sancionador y su finalidad.

También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversos fallos acerca de la razonabilidad. De esta manera, señala en la STC 2235-2004-AA/TC:

Este Tribunal ha afirmado que la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200° de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad.

Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o

promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.

Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél.

A su vez, en el Fund. Jur. N.º 109 de la STC N.º 0050-2004-AI/TC, este Tribunal afirmó que el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental.

Como quiera que la elección entre diversas alternativas se encuentra dentro la esfera de discrecionalidad que la Constitución ha brindado al Poder Legislativo, este Tribunal ha declarado que una medida será innecesaria o no satisfacerá este segundo subprincipio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado.

Asimismo, en la misma STC N.º 0050-2004-AI/TC, este Tribunal destacó que “(...) de acuerdo con el principio de proporcionalidad, *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

Los límites de las facultades atribuidas a la administración son los límites del principio de legalidad. Esto es, cumplir y no desnaturalizar la finalidad para la cual fue acordada la competencia de emitir el acto de gravamen.

Al decidir el tipo de gravamen a emitir o entre los diversos grados que una misma sanción puede conllevar, la administración pública no tiene plena discrecionalidad para la decisión; ella debe optar por aquella que conlleve la menor afectación posible, siempre en vista a la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, entre dos posibilidades de afectación de un derecho de los administrados, ambas legítimas en principio, la administración debe optar por la que menos perjuicio ocasione al administrado¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Carrasco Perera, Ángel. El juicio de Razonabilidad en la justicia constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional, 1984, Nro. 11, p. 105, sobre los juicios de razonabilidad constitucionales comenta que *“sólo se va a exigir lo razonable, y lo razonable va a coincidir con lo constitucionalmente aceptable, salvando, de esta manera, la posibilidad de un margen de apreciación política y la diversidad de alternativas a favor de los Poderes Públicos correspondientes”*.

PARTE IV

DEMANDAS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA, AGUA Y SANEAMIENTO Y TELECOMUNICACIONES

La selección ha sido realizada entre las demandas presentadas ante la Segunda Sala Contencioso Administrativa de Lima durante el año 2004, y representa de manera sintética los problemas más recurrentes frente a la administración pública que regula la prestación de los servicios públicos de suministro de energía eléctrica, agua potable y saneamiento y telecomunicaciones. En el caso 11 se ha contado, además del texto de la demanda, con la sentencia de primer grado emitida por la Sala.

I. LOS CASOS

A. OSINERG

CONTRIBUCIONES REEMBOLSABLES

CASO 1 (33-62)¹⁷⁹

El demandante es una empresa de distribución de energía eléctrica; demanda al organismo regulador y a dos administrados por considerar que se ha aplicado una errada forma de cálculo de intereses para determinar el monto de devolución de la “*contribución reembolsable*”. Ésta viene definida por el artículo 84 de la Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, y consiste en el derecho del usuario a que se le reconozcan las contribuciones que realice mediante la entrega de acciones de la empresa, bonos u otras modalidades que garanticen su recuperación real bajo condiciones que fije el Reglamento.

En el caso, la administración emplazada reconoció a los administrados el derecho a la contribución reembolsable con la aplicación de intereses que, en opinión de la empresa, se capitalizaban. Ésta afirma que los intereses que se apliquen a la acreencia no pueden ser capitalizados por expresa prohibición del código civil, y en atención a la evolución histórica de las normas administrativas sobre aplicación de intereses. Señala que el artículo 167 del reglamento de la Ley de

¹⁷⁹ La numeración entre paréntesis corresponde al orden de obtención de las demandas reseñadas.

Concesiones Eléctricas, Decreto Supremo 009-93-EM, remite al artículo 176 del mismo cuerpo normativo la forma que adoptarán los intereses aplicados a la acreencia. Esta norma, continúa, ha evolucionado en el tiempo pues el texto original previó la capitalización de intereses a favor y a cargo de la Empresa, situación que cambió radicalmente con la modificación efectuada por el Decreto Supremo N° 006-98-EM, publicado el 18 de febrero de 1998, momento a partir del cual no se capitalizan intereses ni a favor ni en contra de la Empresa.

Finalmente, indica que el razonamiento de la administración es errado porque extiende indebidamente la expresión “*carácter financiero*”¹⁸⁰ de la contribución reembolsable para subsumirlo en el supuesto de hecho del artículo 1249 del código civil, y concluir así que puede aplicarse la capitalización de intereses.

CASO 2 (61)

La demandante es una asociación conformada por los pobladores de un asentamiento humano; el regulador ha declarado infundada su solicitud de devolución de la contribución reembolsable. Refieren que realizaron los pagos a la empresa prestadora de energía eléctrica con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, razón por la cual tienen la calidad de contribución reembolsable. La empresa señala que la solicitud es improcedente debido

¹⁸⁰ Expresión utilizada en el artículo 1.4 de la Directiva 001-96-EM/DGE para describir a las contribuciones realizadas por los usuarios del servicio de energía eléctrica.

a que el proyecto de electrificación del asentamiento humano se expidió durante la vigencia de la Ley 23406, Ley General de Electricidad; por tanto, la Ley 25844 no resulta aplicable.

CASO 3 (51)

El demandante es usuario del servicio público de energía eléctrica; el reclamo es sobre devolución de contribución reembolsable. Sostiene que la administración ha denegado su solicitud violando el principio de verdad material; concretamente, afirma que en la primera instancia administrativa solicitó la verificación del pago en el libro diario de caja de la empresa prestadora del servicio; sin embargo tal pedido no fue atendido. Sólo tras la emisión del acto que pone fin a la vía administrativa ha podido ubicar el original del recibo de pago por el concepto reclamado; tal hecho fue puesto en conocimiento de la administración, sin embargo, no fue tomado en cuenta.

CASO 4 (26-30-47-65)

El demandante es una empresa prestadora del servicio público de distribución de energía eléctrica. Sostiene lo siguiente:

1. La actualización del valor de los montos por devolución de contribuciones reembolsables no debe realizarse desde la fecha de realización del aporte sino desde el momento en

que el usuario del servicio manifestó su voluntad sobre la forma en que debía realizarse la devolución.

2. El método de actualización del valor de los montos sobre contribuciones reembolsables supone la capitalización de intereses, resultado no previsto en ninguna norma; asimismo, genera una ganancia o utilidad contraria al artículo 84 de la Ley de Concesiones Eléctricas.

3. La administración aplica de modo retroactivo la norma sobre actualización de las contribuciones reembolsables. Ello es así pues la contribución ha sido realizada el año 1993 mientras que la norma indicada ha sido emitida en el año 1995.

FACTURACIÓN

CASO 5 (45)

Una empresa de distribución de energía eléctrica demanda al organismo regulador y a un administrado pues considera que la administración exige indebidamente que se haga un análisis de consumos para verificar la existencia de una situación de consumo indebido de energía eléctrica. Sucede que la empresa realizó una verificación domiciliaria sobre el estado del medidor de energía, diligencia para la cual acudió en compañía de un agente policial, retornando una semana después para contrastar la información, momento en el cual se verificó que la lectura tomada inicialmente no se había incrementado sino que,

por el contrario, había disminuido, constando además que los empaques de seguridad del equipo habían sido vulnerados. Efectuado el corte del servicio, la empresa calculó el monto de “recupero” por los consumos no registrados, según lo previsto por el artículo 177 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, es decir, multiplicando la carga conectada por 240 horas mensuales. Sin embargo, la administración ha considerado que *“la inspección no tiene validez determinante para realizar un recupero”*, razón por la cual decidió analizar la estadística de consumos en la cual no encontró variaciones significativas de estos.

La empresa asegura que la inspección realizada es suficiente para determinar la existencia de una situación de consumo irregular de energía eléctrica, y que no es necesario realizar un análisis de las estadísticas de consumos.

CASO 6 (18)

La demanda se dirige contra el organismo regulador del servicio público de energía eléctrica por un reclamo sobre el excesivo cobro del consumo de energía eléctrica correspondiente al mes de enero de 2004. El demandante sostiene que no se han valorado medios probatorios que demuestran que el medidor de energía era defectuoso al punto que fue reemplazado por el propio personal de la empresa prestadora del servicio. Estos medios probatorios son dos: Informe técnico realizado por la empresa contrastadora Malcon SA y Actas de audiencia única del 27 de

abril y 4 de mayo de 2004. Concluye afirmando que esta situación configura un “*abuso del derecho*”, citando de forma genérica normas de la Ley 27444.

CASO 7 (19)

El demandante emplaza al organismo regulador del servicio de energía denunciando que se ha dispuesto una nueva liquidación del recupero por consumos no autorizados de energía eléctrica. Sostiene que el personal de la empresa DIYTEL solicitó una constatación policial en su domicilio sobre cuya base se decidió la suspensión de la provisión del servicio en aplicación del inciso (c) del artículo 90 de la Ley de Concesiones Eléctricas: vulneración de las condiciones del servicio. La constatación policial describe que el medidor de energía eléctrica había sido alterado de modo tal que no registrara la realidad de los consumos efectuados. El demandante sostiene que este medio probatorio no puede ser tomado en cuenta puesto que no ha sido dispuesto por el personal de la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica sino por personas ajenas. De otro lado, afirma que la inspección irregular se ha llevado a cabo sin su participación ni la participación de persona que él haya autorizado. En tal sentido, afirma que la persona que en la constatación policial se ha identificado como su sobrino en realidad es una persona inexistente; para probar sus afirmaciones adjunta documentación expedida por RENIEC que demuestra que no existe correspondencia entre los datos proporcionados por el supuesto sobrino y la persona que

aparece en los registros civiles de identidad. Finalmente, sostiene que el medidor de energía eléctrica ha sido hurtado por la propia empresa prestadora del servicio; adjunta copia de la denuncia policial respectiva.

CASO 8 (68)

El demandante es una empresa prestadora del servicio público de distribución de energía eléctrica. Sostiene que el método de determinación del recupero por alteración del medidor de consumo resulta equivocado pues se ha considerado que el predio servido tiene uso doméstico y, por tanto, se ha aplicado la tarifa correspondiente a tal uso; sin embargo, el uso real del predio es industrial, consecuentemente corresponde la tarifa comercial.

CASO 9 (49)

El demandante es una empresa prestadora del servicio público de distribución de energía eléctrica. Sostiene que el método de determinación del recupero por consumo no autorizado es incorrecto. Relata que durante una inspección se estableció que el usuario del servicio realizó una conexión no autorizada a un predio servido con tres medidores. La administración considera que el recupero debe descontar los montos cobrados a través de los medidores indicados; tal postura resulta equivocada, afirma el demandante, pues los medidores no han registrado consumo alguno originado en las conexiones clandestinas y, por tanto, no pueden determinar descuento alguno.

CASO 10 (17)

El demandante es una empresa prestadora del servicio público de distribución de energía eléctrica. Sostiene que la administración ha declarado nulo el procedimiento de recupero realizado en el predio servido por un defecto puramente formal que, en todo caso, ha sido convalidado por el usuario del servicio. El defecto consiste en no haber notificado al usuario sobre la inspección con una anticipación de dos días; afirma que tal defecto no existe pues se ha notificado en el acto mismo de inspección; y aunque fuera correcta la anticipación de la notificación se ha producido la convalidación pues el representante del usuario se ha encontrado presente durante la inspección que determinó errores en la medida del consumo.

DISTRIBUIDORES DE COMBUSTIBLE. EXISTENCIAS.

CASO 11 (15-8-12-11-14-9-10-13-54)

El demandante es un distribuidor mayorista de combustible líquido y derivados de los hidrocarburos que fue sancionado con una multa por infracción del artículo 6 del Decreto supremo 030-98-EM. La infracción consiste en no haber mantenido el nivel de existencias medias mensuales y mínimas absolutas de combustibles. El proceso contencioso administrativo se dirige contra la resolución de consejo directivo del OSINERG emitida como consecuencia del recurso de apelación contra la multa impuesta. La demanda desarrolla los siguientes temas:

1. Ni la infracción ni la multa atribuidas han sido establecidas en una norma con rango de ley material, violándose así el principio de legalidad previsto por el artículo 2.24.d de la Constitución Política.

La sanción impuesta ha sido creada por la Resolución Ministerial 176-99-EM/SG respecto a una infracción creada en el Decreto supremo 030-98-EM. La única norma con rango de ley que hace referencia directa a la imposición de sanciones es el artículo 13 de la Ley 26734 cuyo texto es el siguiente: *“son atribuciones de la gerencia (...) imponer sanciones y/o multas por infracciones a las disposiciones legales de acuerdo con la escala de multas aprobada por resolución ministerial”*. De lo anterior se constata que ninguna norma con rango de ley ha definido el núcleo de la prohibición ni el marco general de la sanción.

2. La norma que prevé la multa aplicada jamás ha sido publicada en el diario oficial El Peruano, es decir, no ha sido “implementada”. El artículo 3 de la Resolución Ministerial 176-99 condicionó la aplicación de la escala de multas y sanciones a la emisión de una Resolución de la Gerencia General del OSINERG con disposiciones complementarias. La norma indicada no ha sido emitida ni publicada.

3. OSINERG ha actuado con discrecionalidad no autorizada violentando así principios fundamentales del derecho administrativo sancionador. La administración pública viola estos principios al establecer una sanción sin fundamento y a su sola discreción.

4. Al no haber aplicado la Constitución “como corresponde”, la administración ha excedido sus facultades, contraviniendo así el principio de competencia reglada que es consustancial a toda administración pública, en cuya virtud el funcionario público debe cumplir la ley, pudiendo hacer sólo lo que ella le manda.

5. Se ha impuesto la sanción no obstante que la propia administración reconoce que el cumplimiento del mandato exigido sólo puede realizarse con la participación y concurso de terceros distintos al demandante, es decir, de los operadores de las refinerías y de los operadores de los terminales. En este punto se denuncia la inaplicación del artículo 1316 del código civil, norma que la administración pública ha considerado limitada a las relaciones de naturaleza privada.

6. En cualquier caso, la sanción contraviene el propio DS 030-98-EM que establece el método de determinación de las existencias de combustible sobre la base de la suma de las cantidades ubicadas en plantas cercanas. La consecuencia de esta contravención es la multiplicación de las sanciones hasta resultar manifiestamente excesivas.

7. Se ha considerado que la demandante no contaba con ninguna clase de combustibles (ni, por tanto, de existencias) pues estos se encontraban en plantas o terminales que no eran de su propiedad. Esta afirmación es falsa.

CASO 12 (60-06)

La demandante es un distribuidor mayorista de combustible líquido y derivados de los hidrocarburos que fue sancionado con una multa por infracción del artículo 6 del Decreto supremo 030-98-EM. La infracción consiste en no haber mantenido el nivel de existencias medias mensuales y mínimas absolutas de combustibles. El proceso contencioso administrativo se dirige contra la resolución ficta denegatoria del recurso de apelación contra la resolución de gerencia general que impuso la multa. La demanda desarrolla los siguientes temas:

1. Ni la infracción ni la multa atribuidas han sido establecidas en una norma con rango de ley material, violándose

así el principio de legalidad previsto por el artículo 2.24.d de la Constitución Política.

La sanción impuesta ha sido creada por la Resolución Ministerial 176-99-EM/SG respecto a una infracción creada en el Decreto supremo 030-98-EM. La única norma con rango de ley que hace referencia directa a la imposición de sanciones es el artículo 13 de la Ley 26734 cuyo texto es el siguiente: *“son atribuciones de la gerencia (...) imponer sanciones y/o multas por infracciones a las disposiciones legales de acuerdo con la escala de multas aprobada por resolución ministerial”*. De lo anterior se constata que ninguna norma con rango de ley ha definido el núcleo de la prohibición ni el marco general de la sanción.

2. La norma que prevé la multa aplicada jamás ha sido publicada en el diario oficial El Peruano, es decir, no ha sido *“implementada”*. El artículo 3 de la Resolución Ministerial 176-99 condicionó la aplicación de la escala de multas y sanciones a la emisión de una Resolución de la Gerencia General del OSINERG con disposiciones complementarias. La norma indicada no ha sido emitida ni publicada.

3. OSINERG ha actuado con discrecionalidad no autorizada violentando así principios fundamentales del derecho

administrativo sancionador. La administración pública viola estos principios al establecer una sanción sin fundamento y a su sola discreción.

4. Al no haber aplicado la Constitución “como corresponde”, la administración ha excedido sus facultades, contraviniendo así el principio de competencia reglada que es consustancial a toda administración pública, en cuya virtud el funcionario público debe cumplir la ley, pudiendo hacer sólo lo que ella le manda.

5. Se ha impuesto la sanción no obstante que la propia administración reconoce que el cumplimiento del mandato exigido sólo puede realizarse con la participación y concurso de terceros distintos al demandante, es decir, de los operadores de las refinerías y de los operadores de los terminales. En este punto se denuncia la inaplicación del artículo 1316 del código civil, norma que la administración pública ha considerado limitada a las relaciones de naturaleza privada.

6. En cualquier caso, la sanción contraviene el propio DS 030-98-EM que establece el método de determinación de las existencias de combustible sobre la base de la suma de las cantidades ubicadas en plantas cercanas. La consecuencia de esta

contravención es la multiplicación de las sanciones hasta resultar manifiestamente excesivas.

7. Se ha considerado que la demandante no contaba con ninguna clase de combustibles (ni, por tanto, de existencias) pues estos se encontraban en plantas o terminales que no eran de su propiedad. Esta afirmación es falsa.

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

CASO 13 (69-46)

El demandante es usuario del servicio público de energía eléctrica; el reclamo es sobre devolución de contribución reembolsable. Sostiene que se ha denegado su solicitud sobre la base de un solo argumento: se ha cumplido el plazo de prescripción previsto por el artículo 2001.1 del código civil, previsto para solicitar la devolución. El demandante niega tal justificación y afirma que aunque fuera cierta la existencia de un plazo de prescripción (sostiene que ninguna norma lo ha establecido respecto a las contribuciones reembolsables), la empresa prestadora ha reconocido la obligación y, de ese modo, ha interrumpido el plazo, conforme al artículo 1996.1 del código civil. Precisa que la interrupción ha ocurrido con las publicaciones realizadas en el año 1995 convocando a los usuarios del servicio a recibir las devoluciones programadas.

CASO 14 (63)

El demandante es usuario del servicio público de energía eléctrica; el reclamo es sobre devolución de pagos realizados en exceso. Relata que se le ha venido cobrando montos correspondientes a una potencia eléctrica no contratada, sin embargo la administración ha considerado que el plazo para reclamar la devolución ha prescrito, conforme al artículo 1274 del código civil. Sostiene que las normas del código civil no resultan aplicables en este caso concreto pues el pago en exceso no se encuentra comprendido como el “*pago indebido*” definido por la norma indicada. En tal sentido, concluye que al no existir norma específica sobre la prescripción para solicitar la devolución de lo pagado debe aplicarse el plazo general previsto por el artículo 2001.1 del código civil.

VARIOS

DECLARACIÓN DE INEFICACIA

CASO 15 (29)

El demandante es una empresa prestadora del servicio público de distribución de energía eléctrica. Relata que la administración ha declarado la desvinculación de la deuda por consumo del servicio atribuida al propietario declarado, acto realizado sobre la base de una ilegal declaración de ineficacia de acto jurídico. Precisa que ante la empresa prestadora se ha declarado a una persona como propietaria con contrato con firmas legalizadas; sin embargo, tras la determinación de deuda por recupero se ha apersonado el anterior propietario declarando

que el contrato indicado es falso y que jamás ha autorizado a persona alguna a suscribir un contrato de suministro de energía eléctrica.

COMPETENCIA

CASO 16 (64-3)

El demandante es una empresa generadora de electricidad; el conflicto se ha generado por una aparente duplicidad en el cobro del suministro de energía proveído a una empresa minera: ésta se negó al pago y acudió al OSINERG para la solución del conflicto. La demandante afirma que el órgano regulador no tiene competencia para solución de controversias contractuales (facturación y pago de suministro) entre un comercializador y un usuario libre; por tal razón se dedujeron las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral, declaradas infundadas por la administración.

ADMINISTRACIÓN DE INFRAESTRUCTURA

CASO 17 (7)

El demandante es una empresa estatal de derecho privado encargada de la administración de infraestructura eléctrica. Sostiene que en virtud a la normatividad que lo rige ha celebrado un contrato de administración de infraestructura con una empresa regional del norte. Entre las responsabilidades de tal empresa se encuentran las de efectuar las cobranzas del servicio. Un usuario (municipalidad distrital) cuestiona la legitimidad de la empresa encargada del cobro y luego solicita la

condonación de la deuda; la administración, finalmente, declara fundada la solicitud y ordena anular los saldos deudores así como los costos de los equipos de medición. El demandante afirma que esta decisión vulnera su derecho de propiedad y de debido procedimiento porque no fue citado al trámite y porque, en la práctica, se le ha despojado del patrimonio que se le ha transferido para su administración.

B. SUNASS

MEDIOS PROBATORIOS

CASO 1 (32)

El demandante es usuario del servicio público de agua potable; reclama la facturación que no corresponde con el consumo normal de una vivienda. Sostiene que la administración pública ha incurrido en irregularidades en la interpretación y valoración de las pruebas obtenidas en la tramitación del reclamo. Concretamente, afirma que se ha utilizado el promedio de lecturas no válidas para determinar el monto a pagar por el consumo del servicio. Prueba su posición con el hecho de que en una anterior oportunidad se ha declarado fundado su reclamo por facturación defectuosa sobre la base de un error en el medidor, y en el hecho de que el monto determinado resulta notoriamente superior al consumo promedio de la zona geográfica en que está ubicado.

CASO 2 (05)

El demandante es usuario del servicio público. Solicita la nulidad del acto administrativo que ha declarado infundado su reclamo. El fundamento de la administración consiste en imputarle falta de manifestación de voluntad para realizar la prueba de contraste del medidor del servicio. El demandante niega categóricamente esta situación y sostiene que, por el contrario, ha solicitado la realización de tal prueba. Afirma que ello se prueba con el hecho de que no existe cargo de recepción de la información sobre la fecha en que habría de producirse el acto de verificación. Tal circunstancia vulnera, en su opinión, las normas emitidas por el organismo regulador del servicio.

CASO 3 (66)

El demandante es una empresa prestadora del servicio público; sostiene que la administración ha declarado fundado el reclamo de un usuario del servicio por considerar que el concesionario no ha cumplido con emitir un informe acerca de las interrupciones del servicio de agua en la zona materia del reclamo. En su defensa, afirma que ha cumplido con todas las disposiciones administrativas relacionadas a la determinación del consumo al punto que obra en el expediente el documento requerido por la administración.

CASO 4 (67)

El demandante es usuario del servicio público de agua potable; el reclamo es sobre facturación injustificada. Afirma que el problema se ha

originado tras la manipulación del medidor del servicio realizada por personal al servicio de la empresa prestadora; proporciona los datos del vehículo utilizado por tales personas. De otro lado, denuncia que la administración no ha mencionado siquiera los medios probatorios que ha adjuntado a su recurso de apelación.

CASO 5 (1)

El usuario del servicio de agua potable y alcantarillado demanda al organismo regulador y a la empresa prestadora del servicio porque considera que la facturación realizada es excesiva. Afirma que en diciembre de 2003 sufrió el robo del medidor de agua, hecho que trajo como consecuencia una facturación de más de mil nuevos soles por cada mes, mientras que su anterior consumo era en promedio de 89 nuevos soles. Denuncia que la empresa y el regulador han rechazado su reclamo sustentándose en “posibilidades” y no en informes técnicos con algún grado de exactitud; afirma que esta situación configura un abuso del derecho.

RECURSOS EXTEMPORÁNEOS

CASO 6(42)

El administrado demanda al organismo regulador del servicio de agua potable porque no se han admitido a trámite los recursos en la defensa de sus derechos. Así, señala que ante la empresa prestadora del servicio no pudo ingresar sus escritos pues le indicaron que no había

mesa de partes (indica que solicitó una constatación policial); luego remitió su recurso por conducto notarial, siendo citado para que formalice su solicitud pero que llegado el momento, una vez más, fue maltratado por el personal de la empresa prestadora. Posteriormente es informado que su recurso ha sido declarado inadmisibile, pero se le faculta a presentarlo nuevamente; sin embargo, al hacerlo, es declarado improcedente por extemporáneo, decisión que es confirmada por el organismo regulador.

CASO 7 (43)

El administrado demanda al organismo regulador pues éste ha considerado que el reclamo contra la facturación por servicio de agua potable de los meses de julio de 1999 a junio de 2001 se ha presentado extemporáneamente. El usuario señala que en marzo de 2003 ha reclamado por los meses mencionados porque el 7 de octubre de 1999 ya había presentado medios impugnatorios contra la facturación. La administración confirma la improcedencia del recurso señalando que el usuario no ha acreditado que haya presentado el recurso que manifiesta haber presentado. Éste sostiene que la empresa prestadora tiene en su poder las pruebas que acreditan la presentación del recurso en el expediente del suministro reclamado.

CASO 8 (22)

El demandante es usuario del servicio de agua potable y alcantarillado. Solicita que se declare la nulidad del acto administrativo que ha declarado improcedente su reclamo por considerarlo extemporáneo. Sostiene que el procedimiento de reclamación ha sido seguido con un apoderado que designó mediante carta poder simple; que la administración ha considerado a su apoderado como el cliente pues así lo ha consignado en las resoluciones emitidas. Afirma que esta situación configura la vulneración de su derecho a un debido procedimiento y al principio de legalidad.

CASO 9 (55)

El demandante es usuario del servicio público de agua potable; sostiene que la administración ha declarado improcedente el recurso de apelación por extemporáneo. Sin embargo, en los fundamentos de hecho afirma que la resolución de primer grado le dio la razón y el escrito presentado sólo tenía el propósito de que aclaren ciertos puntos.

FACTURACIÓN

CASO 10 (34)

El demandante es usuario del servicio público de agua potable; reclama la facturación del consumo. Precisa que durante el trámite del reclamo se ha establecido que el medidor del servicio se encontraba en mal funcionamiento, sin embargo la administración ha desestimado su posición. El argumento de la administración es el siguiente: el medidor

registra volúmenes de consumo menores a la realidad, en consecuencia, no ha registrado volúmenes mayores y, por tanto, no ha determinado la mayor facturación.

CASO 11 (36)

El demandante es usuario del servicio público de agua potable; el reclamo es sobre consumo. Sostiene que hasta abril de 1999 no tuvo problema alguno con la facturación, sin embargo, intempestivamente la prestadora del servicio decidió reemplazar el medidor instalado; desde entonces hasta noviembre de 2002 se han instalado en su domicilio 5 medidores del servicio, los cuales han sido declarados inoperativos tras las pruebas de aferición realizadas. Efectuadas las refacturaciones se han tomado en cuenta periodos comprendidos dentro del tiempo de funcionamiento de los medidores defectuosos. Es este hecho el que motiva su reclamo: solicita que se utilice el tiempo anterior a abril de 1999 pues es cuando no existió problemas.

CASO 12 (40)

El administrado demanda al organismo regulador por no encontrarse conforme con el método de determinación de la deuda por consumos de agua potable. Señala que el consumo facturado se ha incrementado injustificadamente en los meses de diciembre de 2002 a enero de 2003, pasando de 35 metros cúbicos en promedio a registrar 316 y 248 metros cúbicos, respectivamente. Ante el reclamo del usuario,

la empresa proveedora del servicio realizó un cálculo del promedio de consumos sobre la base de los últimos seis meses para determinar de ese modo el monto más cercano a la realidad. Sin embargo, el usuario señala que dentro de los seis meses considerados se han incluido los meses irregulares, meses que además han sido objeto de reclamación y de proceso contencioso administrativo.

CASO 13 (39)

La empresa prestadora del servicio de agua potable y alcantarillado de Lima demanda al organismo regulador pues no se encuentra conforme con el método de cálculo del monto que corresponde pagar al usuario. La administración ha establecido que se haga el cálculo sobre la base del promedio de diferencia de lecturas de los seis meses anteriores al reclamo, mientras que la empresa sostiene que debe realizarse en base a la efectiva diferencia de lecturas del medidor. La administración llega a tal conclusión tras considerar que la empresa no ha actuado válidamente la inspección del medidor pues el servicio se encontraba cerrado. La empresa señala que no tenía obligación alguna de abrir el servicio pues el usuario no había pagado las sumas adeudas y vencidas.

CASO 14 (20)

El demandante denuncia que se han realizado cobros excesivos por consumo de agua potable por los meses de diciembre 2003, enero y febrero 2004. Alega que el organismo regulador del servicio público se ha

limitado a resolver lo relativo al mes de febrero de 2004 pues ha considerado que la reclamación por los anteriores meses ha sido presentada fuera del plazo previsto para ello. En tal sentido, la administración pública ha considerado por el mes de febrero 2004 un consumo promedio de 436 metros cúbicos. Sin embargo, el demandante sostiene que esta conclusión no tiene ningún fundamento objetivo y viola el principio de verdad material pues no existe certeza sobre cuál es el medidor que le corresponde conforme la documentación producida en la tramitación del reclamo. De este modo, precisa que la ubicación de los medidores vulnera las disposiciones técnico normativas que establecen que corresponde colocarlos frente al inmueble que recibe el servicio; en su caso concreto, los medidores se encuentran ubicados en una calle por la cual no tiene frente el inmueble. De acuerdo a lo anterior y reconociendo que el consumo debe ser fijado de algún modo, sostiene que corresponde determinarlo de conformidad con el consumo promedio mensual distrital, tal como ha sido realizado respecto a los consumos de los meses de julio, agosto y noviembre de 2003. Finalmente, agrega que la situación descrita configura un “abuso del derecho” pues por un “formulismo administrativo” se deja de resolver por el fondo determinando así un cobro que excede todo margen de razón.

CASO 15 (38)

El demandante es usuario del servicio público; el reclamo es sobre consumo. Sostiene que se le ha facturado en exceso y realizadas las

pruebas se ha determinado que el medidor registra volúmenes menores los reales; no obstante ello se ha declarado infundado su reclamo por considerar que el medido no ha registrado volúmenes mayores que determinen mayores montos a cobrar.

CASO 16 (44)

El demandante es usuario del servicio público; el reclamo es sobre la tarifa aplicada al consumo del servicio. Sostiene que es una entidad parroquial educativa sin fines de lucro que brinda el servicio de educación primaria y secundaria con el apoyo estatal consistente en la provisión de los profesores que imparten las clases. La administración ha considerado que la tarifa correspondiente es la comercial y no la estatal, aplicada hasta entonces. Informa sobre la existencia de antecedentes relativos a otras instituciones educativas en su misma situación que han sido consideradas con la tarifa estatal.

CASO 17 (70)

El demandante es usuario del servicio público; el reclamo es sobre consumo del servicio. Afirma que resulta excesivo pues se ha tomado en cuenta el promedio de consumos anteriores realizados, información que resulta distorsionada pues son registros tomados con el medidor declarado inoperativo. Sostiene que no ha podido impugnar los registros anteriores debido a que no se encontraba en posesión del inmueble

servido; adjunta copia de la demanda de desalojo contra los actuales ocupantes.

CASO 18 (53)

El demandante es una empresa prestadora del servicio público; sostiene que la administración ha declarado fundado el reclamo de un usuario del servicio por considerar que el concesionario ha utilizado un método de cálculo del consumo inadecuado pues no se ha demostrado la circunstancia habilitante: inoperatividad del medidor. El demandante afirma que no se ha demostrado la inoperatividad del medidor pues fue robado, hecho que, en su opinión, lo habilita para utilizar el método de determinación de consumo utilizado.

CASO 19 (57)

El demandante es una empresa prestadora del servicio público; sostiene que la administración ha declarado fundado el reclamo de un usuario del servicio por considerar que el concesionario no ha considerado el mes de junio 2003 para obtener el promedio de consumos utilizado como base en el cálculo del consumo. El demandante sostiene argumentos de orden técnico orientados a demostrar que el método utilizado es el correcto según el reglamento vigente.

CASO 20 (31)

El demandante no es usuario del servicio público de agua potable; sostiene que se le pretende cobrar una suma de dinero no obstante que no tiene conexión física del servicio. Afirma, además, que existen resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada que han declarado improcedentes los cobros que se le exigen. Detalla que vive en un edificio cuya junta de propietarios celebró un contrato de suministro; el demandante desconoce la validez de este contrato.

CASO 21 (59)

El demandante es usuario del servicio público de agua potable; sostiene que se le pretende cobrar irregularmente por consumos que se encuentran en discusión en un proceso contencioso administrativo.

CASO 22 (41)

El demandante es usuario del servicio público de agua potable; afirma que las sumas determinadas por el consumo del servicio no guardan relación con la realidad de los hechos. Sostiene que la concesionaria ha realizado pruebas en su domicilio que han determinado la inexistencia de fugas, hecho que consolida su posición. Por último, indica que la empresa no ha realizado la prueba de contrastación del medidor del servicio, circunstancia irregular que consolida la falta de fundamento del cobro.

CASO 23 (35)

El demandante es usuario del servicio público de agua potable; el reclamo es sobre facturación injustificada. Sostiene que es propietario de una oficina que forma parte de un edificio y que el porcentaje que le corresponde en los gastos es de tres por ciento mientras que la prestadora le pretende cobrar nueve por ciento. Afirma que la facturación reclamada desconoce el reglamento interno de propiedad horizontal, norma en la que se han establecido los porcentajes que son responsabilidad de cada propietario.

HECHO DE UN TERCERO

CASO 24 (27)

El demandante es la empresa prestadora del servicio de agua potable y alcantarillado de Lima SEDAPAL; emplaza al organismo regulador del servicio de agua potable y alcantarillado y al usuario del servicio como persona interesada en la resolución del conflicto. Solicita que se deje sin efecto el acto administrativo que declara fundado el recurso de apelación por la facturación de los consumos del servicio de los meses de diciembre 2003 y enero 2004. Sostiene que la administración ha tomado una decisión sin una base legal específica para resolver; concretamente, la administración ha considerado dejar sin efecto la facturación reclamada por existir resultados incoherentes en las pruebas realizadas en el medidor de consumo (subregistro de consumos). El demandante sostiene que ninguna norma ha previsto cómo habrá de resolverse en tales casos, y que en cualquier caso es responsabilidad de

la empresa que realiza las pruebas de aferición; por tanto, concluye, no puede sancionársele por el hecho de un tercero.

CASO 25 (25)

El demandante es SEDAPAL; solicita que se declare la nulidad de la resolución emitida por Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los usuarios de servicios de saneamiento del 10 de mayo de 2004. El acto administrativo declara fundado el recurso de apelación presentado por el usuario del servicio; ordena a SEDAPAL rectifique el consumo en base a la asignación de consumo correspondiente a una unidad de uso doméstico.

Sostiene que los consumos han sido calculados conforme a la diferencia de lecturas del medidor instalado para un predio de tres niveles. Realizadas las pruebas de contrastación se verificó que el medidor se encontraba operativo, por tanto se rechazó el reclamo. El tribunal administrativo lo declara fundado tras observar que la prueba de contrastación fue realizada en hora distinta a la programada, en un momento en que el usuario no se encontraba presente para verificar el estado del medidor. Esta circunstancia vulnera la directiva aprobada por Resolución del Consejo Directivo 005-2003-SUNASS-CD. En su defensa, el demandante sostiene que la medición en hora no fijada previamente es un asunto de responsabilidad de la empresa contrastadora; por tanto, no es posible sancionarla por el hecho de un tercero.

CASO 26 (52)

El demandante es usuario del servicio público de agua potable; el reclamo es sobre facturación injustificada. Relata que es un estudio de abogados que no utiliza el servicio de agua potable con fines comerciales y sólo en horario de oficina; de ese modo, explica, no existe justificación alguna para que la facturación se haya incrementado en más del cien por ciento de un momento a otro. Finalmente, señala que la administración ya le ha dado la razón por el mismo asunto respecto a un mes anterior al reclamado; en tal sentido, concluye, no existe razón alguna para no aplicar el mismo criterio al actual problema.

CAMBIO DE TARIFA

CASO 27 (21)

El demandante es usuario del servicio público. Solicita la nulidad del acto administrativo que declara infundado su reclamo. Sostiene que la empresa prestadora del servicio ha modificado el plan tarifario que le correspondía de “doméstica” a “comercial”, sin fundamento alguno pues desde la instalación del servicio ha contado con una sola unidad de uso servida por una sola conexión. Afirma que esta circunstancia evidencia la vulneración de los principios de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, imparcialidad y verdad material.

TRANSFERENCIA DE DEUDA

CASO 28 (37)

El demandante es usuario del servicio público. Sostiene que la prestadora le viene cobrando una suma que no ha sido consumida; realizado el reclamo se le ha informado que el origen del problema es una transferencia de deuda de un suministro distinto hacia su persona. Afirma que nunca ha dado su consentimiento para hacerse cargo de tales obligaciones. Esta situación ha determinado el corte del servicio público, lo que a su vez ha determinado la resolución del contrato de alquiler que celebró con otras personas, generándose así una pérdida económica que solicita sea resarcida.

CASO 29 (71)

El demandante es un usuario del servicio público de agua potable; sostiene que se le pretende cobrar una suma de dinero por un consumo no realizado, originado en la “*transferencia de deuda*” efectuada sin su aceptación expresa. Afirma que este acto es arbitrario y carente de todo sustento.

NOTIFICACIONES

CASO 30 (58)

El demandante es usuario del servicio público de agua potable; sostiene que no se ha dado trámite a su reclamo contra el cobro por recupero. Relata que se enteró del cobro a consecuencia del corte del servicio sin notificación previa. Como parte de los fundamentos de hecho

afirma que una persona perteneciente a la prestadora del servicio le ofreció solucionar su caso y suprimir la multa impuesta a cambio de una suma de dinero, oferta que fue aceptada.

C. OSIPTEL

FACTURACIÓN

CASO 1 (48)

El usuario demanda al organismo regulador porque ha confirmado el monto determinado por la empresa por el servicio de llamadas telefónicas de larga distancia internacional. Refiere que jamás ha realizado llamada alguna, que vive solo y por tanto nadie en su domicilio podría haber realizados las llamadas telefónicas, y que no conoce a ninguna persona en el extranjero a la cual llamar por teléfono. Sostiene, asimismo, que la empresa prestadora del servicio no ha realizado investigación alguna, ni le ha informado de los números telefónicos a los cuales supuestamente ha realizado las llamadas objeto del reclamo.

CASO 2 (56)

El administrado demanda al organismo regulador pues éste ha confirmado el monto objeto de reclamo ante la empresa prestadora del servicio público de Internet. Sostiene que la empresa le ha prestado el servicio pero con pésima calidad; sin embargo, no precisa los defectos en la prestación de aquel.

CASO 3 (16)

El administrado demanda al organismo regulador de telecomunicaciones pues se ha declarado improcedente su cuestionamiento al cobro de la renta básica del servicio de telefonía fija, así como el silencio administrativo positivo que considera se configurado al no haber sido resuelta la reclamación dentro del plazo de treinta días previsto por el artículo 43 la Resolución de Consejo Directivo 015-99-PD/OSIPTEL. Sostiene que la empresa prestadora del servicio no le cobró la renta básica correspondiente al mes de mayo de 2002, hecho que demuestra, en su opinión, que ha reconocido la ilegalidad del cobro mencionado.

CASO 4 (23)

El demandante es usuario del servicio público de internet. Sostiene que se le pretende cobrar por un servicio que no ha solicitado; precisa que en un principio contrató el servicio de mayor costo pero que poco tiempo después comunicó al proveedor su voluntad de contratar un servicio de menor costo. Afirma que no ha recibido respuesta ni recibos de pago en más de ocho meses; concluye que por esta circunstancia no se le puede cobrar el mayor monto determinado.

INTERCONEXIÓN

CASO 5 (24)

La demandante emplaza al organismo regulador de telecomunicaciones y a la empresa de posición dominante que presta el servicio de interconexión de redes (en adelante, la dominante). Aquella es una empresa prestadora del servicio portador de larga distancia nacional e internacional para cuyo desarrollo requiere mantener relación comercial con la dominante, estableciendo de ese modo la interconexión entre las redes de ésta y sus servicios. Sostiene que en el período comprendido entre el 7 de junio de 2003 y 1 de diciembre de 2003, la dominante perdió su condición de acreedora de los montos correspondientes a la prestación del servicio de interconexión que le prestaba; a pesar de dicha situación, continúa, ésta se negó a restablecer el servicio de interconexión. Afirma que la dominante dejó de ser acreedora debido al embargo en forma de retención ordenado en su contra por el Ejecutor Coactivo de Municipalidad Distrital de Lurín, constituyéndose desde entonces en agente retenedor de las acreencias de la dominante.

La Administración declaró infundada la demanda administrativa mediante la cual la demandante solicitó el restablecimiento del servicio de interconexión, en atención a que la emplazada no había perdido su condición de acreedora. Al mismo tiempo, consideró que la demanda planteada era maliciosa por lo que impuso una multa de 35 UIT.

El colegiado judicial que examina el caso establece que la Administración ha realizado un análisis insuficiente, impreciso, del efecto

del embargo en la relación obligatoria existente entre las partes en conflicto. En efecto, señala que el servicio de interconexión fue suspendido como consecuencia de la falta de pago oportuno antes de la notificación del embargo trabado; pero desde el momento en que la demandante se constituyó en agente retenedor, la deuda le fue inexigible por imperativo de la medida cautelar trabada. En consecuencia, bastaba que ésta acreditara que había retenido efectivamente los fondos embargados para restablecer la interconexión suspendida por falta de pago. Y es que exigirle a la demandante el pago de las acreencias a Telefónica (como medio de obtener el restablecimiento del servicio de interconexión) implicaba la violación del mandato de la medida cautelar trabada, y exponerla a las consecuencias legales sancionadoras (Artículo 18.2, Ley 26979). Del mismo modo, exigirle la constitución de una “garantía suficiente” (como lo hizo la administración) supone la imposición de mayores condiciones a las legalmente establecidas para el disfrute del servicio de interconexión: un costo por el dinero retenido y otro por la garantía a otorgar.

Sin embargo, el colegiado judicial hace énfasis en que no basta la sola constitución en agente retenedor para poder exigir el restablecimiento del servicio de interconexión: hace falta que el agente retenedor retenga efectivamente los montos que adeuda, demostrando de ese modo que es la existencia de la medida cautelar la que le impide legalmente satisfacer la deuda impaga frente a su acreedor. Y en el

presente caso, la demandante no demostró que haya retenido efectivamente los montos adeudados a la dominante por lo que, finalmente, no se configuró el supuesto para considerar exigible la restitución del servicio de interconexión suspendido. En consecuencia, el colegiado judicial declaró que no se verificó ninguna de las causales previstas por el Artículo 10 de la Ley 27444 para declarar la nulidad del acto impugnado, aplicando el principio de conservación del acto administrativo debido a que la imprecisión explicitada por la sentencia es un vicio intrascendente que no cambiaba el sentido final del mismo, de conformidad con el Artículo 14 de la Ley 27444.

CASO 6 (2)

El demandante es una persona jurídica dedicada a prestar el servicio portador de larga distancia nacional e internacional. Sostiene que la administración ha declarado infundada su demanda administrativa consistente en la declaración de ilegalidad de corte de interconexión por supuesta falta de pago, acto efectuado por la empresa dominante de telefonía fija. Relata que la factura impaga, según la empresa dominante, resultaba inexigible pues existía un mandato del ejecutor coactivo de la Municipalidad de Lurín ordenando retener toda suma debida a aquella; el conflicto luego derivó en un proceso judicial de revisión del procedimiento de ejecución coactiva, agrega. En ese contexto, no es posible imputar falta de pago y, en consecuencia, no puede suspenderse la prestación del servicio de interconexión, concluye.

RECURSOS EXTEMPORÁNEOS

CASO 7 (A)

El demandante es un banco en liquidación que fuera usuario del servicio público de telefonía. Sostiene que se le pretende cobrar una deuda inexistente debido a que dejó de operar en el mercado, situación que fue comunicada por escrito mediante correo electrónico de manera oportuna. No obstante lo anterior, la administración ha evitado emitir un pronunciamiento de fondo alegando que su reclamo fue contestado por el operador sin que se interpusiera el recurso de apelación correspondiente.

II. ANÁLISIS DE LOS CASOS

OSINERG

1. En términos de cantidad, las demandas promovidas por distribuidores de combustibles líquidos son numerosas (11 de 30, es decir el 36.6%). El tema controvertido es la interpretación de las normas técnicas sobre existencias mínimas de productos comercializados. Nada revela en estos casos la vulneración de algún aspecto formal del derecho a un debido procedimiento. La interpretación de la administración, al menos en apariencia,

tampoco vulnera el aspecto sustancial del derecho a un debido procedimiento.

Aunque en términos de cantidad estas demandas son un número importante no quiere decir que en periodos mayores de análisis se mantenga este resultado. En efecto, este puede ser transitorio y deberse a campañas de fiscalización puntuales, no a una política constante. No contamos con mayor información al respecto, sólo es necesario anotar esta observación.

2. Las controversias que enfrentan a los usuarios del servicio de energía eléctrica y a las empresas prestadoras son mayoría (17 de 30, es decir casi el 60%). De este sub-universo, los conflictos sobre contribuciones reembolsables son alrededor de la mitad (8); y de esta mitad, la mayoría (5) es promovida por empresas prestadoras del servicio público de energía eléctrica. El tema de discusión mayoritario en las contribuciones reembolsables es el de cálculo de intereses (6 de 8). Sólo una demanda promovida por un usuario denuncia la vulneración de un aspecto del derecho a un debido procedimiento administrativo. El recurrente sostiene que la administración vulnera el principio de verdad material que se subsume en el derecho a la prueba, concretamente en el aspecto a que se valore un medio probatorio aportado. De resultar cierto tal sustento se habría vulnerado el derecho objeto de este estudio.

3. Las controversias sobre facturación son seis, cuatro de las cuales son promovidas por empresas prestadoras del servicio público de energía eléctrica. Del total sólo en una controversia se observa la eventual vulneración del derecho a un debido procedimiento. El demandante es usuario del servicio público y afirma que no se han valorado medios probatorios que obran en el expediente administrativo: un informe técnico y un acta de audiencia entre las partes.
4. Hay, sin embargo, otro caso relacionado a la vulneración del derecho a un debido procedimiento en su aspecto formal. El demandante es una empresa prestadora del servicio público que afirma que la administración ha anulado el procedimiento de recupero de consumos por un asunto puramente formal. La administración afirma que la empresa no ha notificado con la anticipación debida al usuario sobre la inspección realizada en su predio; el demandante afirma que aunque ello fuera cierto el vicio fue convalidado por el usuario pues su representante se encontró presente al momento de la inspección. El caso así planteado evidencia la actuación correcta de la administración al anular el procedimiento de recupero pues el propósito de las notificaciones es informar con la anticipación debida al emplazado. Ello tiene el propósito de proporcionar la oportunidad de prepararse

adecuadamente para la producción de la prueba, solicitando la presencia de técnicos de parte que verifiquen la corrección de las actuaciones de la empresa prestadora.

5. Los tres casos de prescripción extintiva son promovidos por usuarios del servicio público y se centran en un tema concreto: aplicación supletoria de las normas del código civil a las relaciones jurídico públicas entabladas con ocasión de la prestación del servicio público. En general, los demandantes sostienen que no debe aplicarse supletoriamente el ordenamiento civil pues la naturaleza de las relaciones base es distinta. No obstante, afirman que aunque se aplicara el ordenamiento civil los plazos son distintos o han sido interrumpidos, conforme a tal ordenamiento. De resultar correcta la posición de los demandantes se habría producido la vulneración del derecho a un debido procedimiento administrativo en su aspecto formal pues se habrían emitido actos administrativos no fundados en el derecho administrativo sin mayor justificación para la aplicación del derecho civil sobre los plazos de prescripción.

6. Los temas de fondo en los casos sobre “declaración de ineficacia” y “administración de infraestructura” son poco usuales. En el primero, la empresa prestadora denuncia que el supuesto anterior propietario del predio servido se presenta ante ella y niega haber autorizado la utilización del servicio en su predio así como la

transferencia de propiedad ostentada por el usuario que ha hecho uso del servicio; frente a esta situación, la administración ha considerado que el contrato de compraventa exhibido por el usuario deudor es ineficaz y, por tanto, estima que no hay deuda atribuible al propietario original. El caso expuesto no revela la vulneración del derecho a un debido procedimiento administrativo en ninguno de sus aspectos: la administración tiene la facultad de considerar sin efecto el valor probatorio de un documento, conforme al artículo 42.1 de la Ley 27444.

En el segundo caso, se observa un conflicto originado en un “*contrato de administración de infraestructura*” celebrado entre una empresa pública y un operador privado. Uno de los usuarios del servicio público reclama al operador privado la facturación y finalmente la administración favorece tal posición. El demandante denuncia que no fue citado al procedimiento no obstante tener legitimidad para hacerlo dado que es el propietario de la infraestructura que provee el servicio facturado. El caso así expuesto revela que se habría producido la vulneración del derecho a un debido procedimiento en su aspecto formal; concretamente: no se habría permitido el ejercicio del derecho al contradictorio. En efecto, si la decisión administrativa ha de recaer en los frutos de la administración de la infraestructura, el propietario tiene el derecho a acceder al procedimiento y ejercer su defensa; con mayor razón si uno de los cuestionamiento realizados por el usuario del servicio

consistía en desconocer la legitimidad del operador privado para efectuar los cobros por el uso del servicio.

7. El caso de competencia es poco frecuente; sin embargo, es un ejemplo clásico de posible vulneración del derecho a un debido procedimiento: desviación del proceso o procedimiento previamente establecido. El demandante afirma que la relación jurídica establecida entre las partes no puede ser resuelta por el organismo regulador pues no forma parte del mercado regulado. En este punto es necesario recordar que un regulador existe para equilibrar las situaciones de desigualdad existentes entre concesionarios y usuarios finales del servicio, así como para reducir los costes de transacción en el ingreso de estos usuarios a un sistema de solución de conflictos que, de otro modo, serían prohibitivos. En ese sentido, un usuario no final y con suficiente poder económico y de negociación no mantiene una situación de desigualdad frente al concesionario y, por tanto, no habría razón para que el regulador ingrese a arbitrar la relación jurídica establecida. En consecuencia, al menos en apariencia, la posición del recurrente resulta sólida.

SUNASS

1. Los casos en los que se cuestiona de algún modo la actuación y valoración de los medios probatorios son cinco, de los cuales cuatro son promovidos por usuarios del servicio público de agua potable y saneamiento. Los problemas denunciados son, en síntesis, los siguientes: interpretación y valoración irregular de registros de consumo, conducta procesal interpretada en contra del usuario, ausencia de valoración de los medios probatorios ofrecidos por el usuario y uso de sucedáneos de los medios probatorios (presunciones).

El caso presentado por la empresa prestadora del servicio público se muestra más evidente en su posición. Se afirma que la administración ha declarado fundado un reclamo del usuario del servicio considerando que la empresa no ha presentado un informe acerca de las interrupciones del servicio en la zona materia del reclamo; sin embargo, continúa el demandante, el documento indicado ha sido incorporado al expediente y consta en él.

De acuerdo a lo anterior, los reclamos de los usuarios no se muestran, al menos en un examen preliminar, consistentes; se

limitan a contradecir la actividad de la administración sin ofrecer un sustento sólido. Por el contrario, la denuncia de la empresa prestadora, de resultar ciertos los hechos, resulta una vulneración del derecho a un debido procedimiento, concretamente, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho.

2. Las denuncias sobre recursos no admitidos por resultar extemporáneos son cuatro. Las situaciones expuestas por los demandantes son las siguientes: impedimento de ingreso de escritos pues no había mesa de partes en la empresa; falta de cargo de presentación de recurso anterior; continuación del procedimiento con persona distinta al usuario; escrito presentado no es recurso de apelación sino recurso de aclaración.

Las situaciones expuestas resultan inconsistentes en sí mismas. Se observa en este apartado que son las denuncias menos serias que se hace a la administración pues todas hacen referencia a hechos poco verosímiles, como por ejemplo la supuesta falta de mesa de partes en la oficina de la empresa prestadora del servicio.

3. Son catorce los casos en que se cuestiona la facturación; de ellos, siete corresponden a discrepancias sobre la idoneidad de los medidores del servicio de agua potable. Ninguno de estos casos sobre medidores revela la existencia de una vulneración del

derecho a un debido procedimiento: la discusión se centraliza en temas de orden técnico y no se denuncian irregularidades formales relevantes.

Tres casos corresponden a denuncias sobre el método de determinación de consumos. Los argumentos expuestos en estos casos también son de orden técnico y no se muestran como vehículos de la vulneración de algún aspecto del derecho a un debido procedimiento. De otro lado, en un caso se expone la situación de un colegio parroquial al que se le ha aplicado la tarifa comercial y no estatal; la discusión se limita a este asunto. El asunto así delimitado tampoco se adecua a ninguno de los supuestos de vulneración del derecho al debido procedimiento: se discute un tema técnico tarifario.

Cuatro casos requieren especial atención. En el primero, el usuario del servicio denuncia que se vulnera el principio de verdad material pues la administración pretende legitimar el cobro realizado sobre la base de un cálculo que toma en cuenta el registro de un medidor de consumo del cual no se tiene la certeza que le pertenezca al recurrente. Afirma que el medidor no se encuentra ubicado en la parte frontal inmueble (un edificio con varios departamentos) y, por tanto, incumple las normas técnicas sobre ubicación de medidores. El caso así expuesto revelaría la vulneración del derecho al debido

procedimiento en tanto no se habría emitido un acto administrativo conforme a la realidad de los hechos, es decir, no fundado en derecho.

En el segundo, el demandante afirma que no es usuario del servicio de agua potable y sin embargo se le pretende cobrar por ello; agrega que tiene resoluciones judiciales que declaran improcedentes los cobros que se le exigen. Precisa que vive en un edificio cuya junta de propietarios ha celebrado un contrato de suministro de agua, cuya validez desconoce. Así presentados los hechos y sin más evidencia que lo afirmado por el demandante existiría una vulneración del debido procedimiento en tanto se le pretende vincular a una deuda sin relación jurídica originaria. Sin embargo, sobre la base de nuestra experiencia judicial podemos afirmar que la situación descrita por el recurrente resulta sumamente extraña: si vive en un edificio de departamentos, ¿cómo es que se abastece de agua sin servicio prestado por la empresa? La respuesta que se pueda dar es sólo una especulación: el recurrente consume el agua del servicio general del edificio y su posición sobre la falta de contrato directo es sólo una estrategia poco elaborada para eludir el pago que le corresponde.

El tercer caso es similar al anterior: un usuario del servicio ubicado en una oficina que forma parte de un edificio afirma que se le pretende cobrar un porcentaje que excede al de su participación como propietario. Así expuesto, en este caso no existe vulneración del derecho a un debido procedimiento pues el recurrente reconoce que, en alguna medida, tiene una deuda que pagar; la discusión se limita a determinar el monto.

El cuarto caso nos presenta a un usuario del servicio público que afirma que los consumos que se le pretende cobrar se encuentran en discusión en un proceso contencioso administrativo. De resultar cierta esta afirmación se habría producido la vulneración del derecho a un debido procedimiento en su aspecto formal de desviación del procedimiento previamente establecido: sucede que ninguna autoridad puede avocarse al conocimiento de asuntos sometidos a la jurisdicción del Poder Judicial, conforme al artículo 139.2 de la Constitución Política.

4. En los casos identificados como *“hecho de un tercero”*, el demandante es la empresa prestadora del servicio público de agua potable y alcantarillado. Sostiene que la administración ha declarado fundados los reclamos sobre facturación realizados por los usuarios del servicio sobre la base de actuaciones realizadas en los medidores; sin embargo, afirma, ello resulta la atribución de

un hecho de un tercero: la empresa contrastadora de los medidores. Como se observa, los casos no tienen fundamento en la vulneración del derecho a un debido procedimiento; la discusión se centra en temas técnicos de facturación y, en cualquier caso, en la distribución de responsabilidad entre dos empresas que forman parte del servicio público prestado.

5. El caso sobre cambio de tarifa aparenta ser uno de vulneración del derecho a un debido procedimiento en tanto no se menciona que la empresa prestadora haya cumplido con remitir una notificación previa sobre el cambio de condiciones del servicio. Ello es así puesto que el cambio unilateral no da oportunidad al usuario del servicio a contradecir tal decisión; por lo demás, un cambio así no podría estar sustentado en la simple voluntad de la empresa, tendría que estar sustentado siempre en pruebas que demuestren que el uso del servicio se está dando en condiciones que encajan en una tarifa distinta a la originalmente establecida.
6. Los casos de “*transferencia de deuda*” aparentan ser muestra de la vulneración del derecho a un debido procedimiento en tanto se atribuye una deuda a los usuarios que no les correspondería. Ello habría sucedido en la medida que se produjeron transferencias de propiedad de los bienes servidos, y los antiguos propietarios habrían tramitado el cambio de titularidad de la deuda acumulada hacia los adquirentes. Si ello ha ocurrido sin el consentimiento

expreso de los nuevos propietarios constituiría una clara vulneración del derecho; si ello no se verifica, entonces las demandas carecerían por completo de sustento.

7. El caso sobre notificaciones no realizadas, de resultar exactos los hechos relatados, se constituye como un típico caso de vulneración del derecho a un debido procedimiento al privársele al usuario del contradictorio.

OSIPTEL

1. OSIPTEL es el regulador contra el que menos demandas contencioso administrativas se han presentado en el periodo de estudio elegido.
2. Dentro del universo de demandas, las promovidas por los usuarios del servicio, debido a problemas en la facturación, son mayoría; superan el 70% del total.
3. De los reclamos sobre facturación, más de la mitad corresponde a denuncias por servicios no prestados o no solicitados. Un caso relaciona la calidad del servicio con el pago debido: se afirma que ante la pésima calidad no existe obligación de pago, aunque no ofrece medios probatorios al respecto. Finalmente, una demanda

ataca un aspecto formal del derecho a un debido procedimiento: la administración habría considerado que el recurso de apelación fue presentado extemporáneamente.

4. Las demandas presentadas por empresas de telecomunicaciones (ninguna de las cuales ostenta posición de dominio) son dos (menos del 30% del total) y sobre el mismo tema: inexigibilidad del pago de la contraprestación por el uso del servicio de interconexión en el caso de mandatos cautelares emitidos por ejecutores coactivos de municipalidades en procedimientos de ejecución coactiva.
5. De todo el universo reseñado sólo una demanda denuncia y se adecua a la vulneración del derecho a un debido procedimiento administrativo en su aspecto formal, aquella en la que la administración considera que el medio impugnatorio presentado ha sido presentado fuera del plazo previsto.
6. No se observa vulneración a ningún aspecto sustancial del derecho a un debido procedimiento administrativo. Las controversias se enfocan en asuntos técnicos de fondo.

III. CUADROS DE RESUMEN

	OSINERG	SUNASS	OSIPTTEL
Casos identificados	32	30	7
Total %	46,4	43,5	10,1

Temas identificados sobre OSINERG		
Contribuciones reembolsables	8	25,0
Facturación	6	18,8
Distribuidores de combustible. Existencias.	11	34,4
Prescripción	3	9,4
Declaración de ineficacia	1	3,1
Competencia	2	6,3
Administración de infraestructura	1	3,1
Total	32	100%

Temas identificados sobre SUNASS		
Medios probatorios	5	16,7
Recursos extemporáneos	4	13,3
Facturación	15	50,0
Hecho de un tercero	2	6,7

Cambio de tarifa	1	3,3
Transferencia de deuda	2	6,7
Notificaciones	1	3,3
Total	30	100%

Temas identificados sobre OSIPTEL		
Facturación	4	57,1
Interconexión. Ejecución coactiva.	2	28,6
Recursos extemporáneos	1	14,3
Total	7	100%

V. CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA DE NORMA JURÍDICA.

OSINERG:

1. La hipótesis se verifica: En las demandas promovidas por distribuidores de combustibles líquidos nada revela la vulneración de algún aspecto formal o material del derecho a un debido procedimiento.
2. En el asunto sobre cálculo de intereses de las contribuciones reembolsables sólo una demanda promovida por un usuario denuncia la vulneración de un aspecto del derecho a un debido procedimiento administrativo (principio de verdad material, que se subsume en el derecho a la prueba), concretamente en el aspecto a que se valore un medio probatorio aportado. Así, al menos en apariencia, se habría vulnerado el derecho objeto de este estudio.
3. Del total de controversias sobre facturación de energía eléctrica sólo en una se observa la eventual vulneración del derecho a un debido procedimiento por falta de valoración de medios probatorios que obran en el expediente administrativo.
4. Hay, sin embargo, otro caso relacionado a la vulneración del derecho a un debido procedimiento en su aspecto formal. La empresa prestadora afirma que la administración ha anulado el procedimiento de

recupero de consumos por un asunto puramente formal consistente en la falta de notificación con la anticipación debida al usuario sobre la inspección realizada en su predio. El caso así planteado evidencia la actuación correcta de la administración al anular el procedimiento de recupero pues el propósito de las notificaciones es informar con la anticipación debida al emplazado. Ello tiene el fin de proporcionar la oportunidad de prepararse adecuadamente para la producción de la prueba.

5. Los casos de prescripción extintiva son promovidos por usuarios del servicio público sobre un tema concreto: aplicación supletoria de las normas del código civil a las relaciones jurídico públicas entabladas con ocasión de la prestación del servicio público. En general, se observa que se habría producido la vulneración del derecho a un debido procedimiento administrativo en su aspecto formal pues se habrían emitido actos administrativos no fundados en el derecho administrativo, sin mayor justificación para la aplicación del derecho civil sobre los plazos de prescripción.

6. Se presentan dos casos poco usuales: “declaración de ineficacia” y “administración de infraestructura”. En el primero, no se revela la vulneración del derecho a un debido procedimiento administrativo en ninguno de sus aspectos: la administración tiene la facultad de considerar sin efecto el valor probatorio de un documento, conforme al artículo 42.1

de la Ley 27444. En el segundo caso, se habría producido la vulneración del derecho a un debido procedimiento en su aspecto formal; concretamente: no se habría permitido el ejercicio del derecho al contradictorio.

8. Otro caso poco frecuente es el de competencia; sin embargo, es un ejemplo clásico de vulneración del derecho a un debido procedimiento: desviación del proceso o procedimiento previamente establecido. El demandante afirma que la relación jurídica establecida entre las partes no puede ser resuelta por el organismo regulador pues no forma parte del mercado regulado. Así, al menos en apariencia, la posición del recurrente resulta sólida.

SUNASS:

9. La hipótesis no se verifica.

Existe el caso presentado por la empresa prestadora sobre falta de presentación de un informe acerca de las interrupciones del servicio en la zona materia del reclamo del usuario, resulta una vulneración manifiesta del derecho a un debido procedimiento pues el documento habría sido incorporado al expediente.

10. Los reclamos de los usuarios no se muestran, al menos en un examen exclusivo de las demandas, consistentes; se limitan a contradecir la actividad de la administración sin ofrecer un sustento sólido.

11. Las denuncias sobre recursos no admitidos por resultar extemporáneos resultan inconsistentes en sí mismas. Todas hacen referencia a hechos poco verosímiles, como por ejemplo la supuesta falta de mesa de partes en la oficina de la empresa prestadora del servicio.

12. Sobre facturación y medidores, ningún caso revela la existencia de una vulneración del derecho al debido procedimiento: la discusión se centraliza en temas de orden técnico y no se denuncian irregularidades formales relevantes.

13. Sobre el método de determinación de consumos, los argumentos también son de orden técnico o tarifario y no se muestran como vehículos de la vulneración de algún aspecto del derecho a un debido procedimiento.

14. Hay un caso en que se denuncia la vulneración del principio de verdad material pues la administración pretende legitimar el cobro realizado sobre la base de un cálculo que toma en cuenta el registro de un medidor de consumo del cual no se tiene la certeza que le pertenezca al recurrente. El caso así expuesto revelaría la vulneración del derecho al

debido procedimiento en tanto no se habría emitido un acto administrativo conforme a la realidad de los hechos.

15. El caso sobre el demandante que se afirma no-usuario del servicio de agua potable resulta poco verosímil pues habita en un edificio que sí consume agua potable.

16. Similar es el caso del usuario que posee una oficina en edificio. El recurrente reconoce que, en alguna medida, tiene una deuda por pagar; la discusión se limita a determinar el monto, por tanto no hay vulneración del debido proceso.

17. El caso sobre conceptos que se encuentran en discusión en un proceso contencioso administrativo supone la vulneración del derecho a un debido procedimiento en su aspecto formal de desviación del procedimiento previamente establecido.

18. El caso “hecho de un tercero” no tiene fundamento en la vulneración del derecho a un debido procedimiento; la discusión se centra en temas técnicos de facturación y, en cualquier caso, en la distribución de responsabilidad entre dos empresas que forman parte del servicio público prestado.

19. El caso sobre cambio de tarifa sin notificación previa es una típica vulneración del debido procedimiento formal pues no permite contradecir la decisión de la empresa.

20. Los casos de “transferencia de deuda” aparentan ser una vulneración del derecho a un debido procedimiento pues se habrían producido sin el consentimiento expreso de los nuevos propietarios.

21. El caso sobre notificaciones no realizadas es un típico caso de vulneración del derecho a un debido procedimiento al privársele al usuario del contradictorio.

OSIPTEL:

22. La hipótesis se verifica.

OSIPTEL es el regulador contra el que menos demandas contencioso administrativas se han presentado en el periodo de estudio elegido. Los problemas de facturación, son mayoría; superan el 70% del total. La mayor parte de las demandas corresponde a denuncias por servicios no prestados o no solicitados.

23. Las demandas presentadas por empresas de telecomunicaciones sobre inexigibilidad del pago de la contraprestación por el uso del servicio

de interconexión en el caso de mandatos cautelares emitidos por ejecutores coactivos de municipalidades en procedimientos de ejecución coactiva no argumentan ni se revela de su texto la vulneración al debido procedimiento.

24. De todo el universo reseñado sólo una demanda denuncia y se adecua a la vulneración del derecho a un debido procedimiento administrativo en su aspecto formal, aquella en la que la administración considera que el medio impugnatorio presentado ha sido presentado fuera del plazo previsto.

RECOMENDACIONES GENERALES.

1. Se debe realizar una gran cruzada de difusión de la existencia de los organismos reguladores, a fin de que la población conozca sus funciones, sus atribuciones, sus obligaciones y el rol que cumple en la sociedad.
2. Debemos motivar y crear conciencia en los ciudadanos a fin de que a través de los entes de la sociedad civil participen en la gestión de los organismos reguladores.
3. Exigir que las empresas prestadoras de los servicios públicos difundan masivamente los procedimientos de reclamación a los usuarios.
4. Uniformizar los procedimientos de reclamación, sobre la base de un procedimiento único general, con matices por sectores.
5. Incorporar en los procesos de reclamación obligatoriamente el deber de la administración (empresas concesionarias y organismos reguladores, respeten el derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa.

PROPUESTA DE NORMA JURIDICA:

a. Fundamentación.

Es necesario vincular los derechos humanos con la práctica de la Teoría de la Regulación y las nuevas tendencias económicas, en este orden de ideas, debemos precisar que el debido proceso a que tienen derecho los usuarios, no sólo es un principio procesal, con rango constitucional, sino un derecho básico elevado a la categoría de derecho humano, en tal sentido es indispensable que la Administración acate, observe y cumpla estrictamente con la normatividad constitucional o la ordinaria, por ende el citado principio.

b. Formulación del Proyecto.

El proyecto de ley pretende regular los procedimientos de reclamación de los usuarios de servicios públicos, incorporando a los mismos de manera expresa el principio del debido procedimiento.

PROYECTO DE LEY

CONSIDERANDO:

Que, es necesario vincular el discurso y práctica tradicional de los derechos humanos con la práctica tradicional de la teoría de la regulación y las nuevas tendencias económicas.

Que, es imposible seguir en una estrategia tradicional de derechos humanos, y específicamente en derechos económicos, sociales y

culturales, sin asumir e incorporar los cambios económicos y de política económica experimentados en gran parte del mundo.

Que, tales cambios promueven el libre mercado, a través de un proceso de liberalización que comprende la privatización de gran parte de empresas que eran monopolios estatales.

Que, los servicios públicos, no podían estar ajenos a este proceso y, en su decurso, la privatización ya es un hecho, aunque no se haya superado el debate sobre sus conveniencias de cara a los procesos políticos y económicos que a la fecha atraviesa nuestro país.

Que, desde una perspectiva de derechos humanos, y del fortalecimiento del Estado de Derecho consideramos necesario incorporar nuevos actores y nuevos procedimientos, no bastan las acciones judiciales, ni la denuncia en la prensa, ni la exigencia a un Estado que muchas veces no tiene los recursos para satisfacer una prestación determinada. Es necesario, como consecuencia de este libre mercado y de esta coexistencia de actores privados, incorporar la “heterodoxia” de la perspectiva de los derechos humanos al campo de las reclamaciones y de los procedimientos de reclamación.

Que, las empresas privadas que asumen vía concesión o por otros medios la prestación de los servicios públicos, se incorporan en esta dinámica al igual que los organismos reguladores, en medio de un complejo proceso en donde la ciencia y la tecnología adquieren un papel relevante; se generan una serie de entes que interactúan entre sí para regular, para promover la libre competencia, y proteger los derechos de

usuarios a contar con buenos servicios, permanentes, de calidad y a precios equitativos.

Que, un análisis institucional de estos problemas sirve para orientar y nos permite sugerir que los diferentes actores comprendan la trascendencia de modificar las reglas de juego, que inciden en la pretensión de los derechos de los usuarios, la credibilidad pública de los organismos de regulación, y la eficiencia e intereses empresariales.

EXPOSICION DE MOTIVOS

En el Perú, la aparición de la mayoría de los organismos reguladores de los servicios públicos se produjo en el marco del proceso de transformación del rol del Estado en la economía que se desarrolló en la década del noventa y que determinó la liberalización de amplios sectores del mercado, la transferencia al sector privado de la propiedad de numerosas empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura.

Como consecuencia de la referida reorientación del papel del Estado en la economía se crearon organismos reguladores de los servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento) y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias) claramente inspirados en los modelos de los países anglosajones, con el objeto de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de

monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras.

No todos los organismos reguladores fueron creados con anterioridad al proceso de transferencia de propiedad de empresas estatales al sector privado y/u otorgamiento de concesiones a empresas privadas. OSIPTEL se constituyó antes de la privatización; OSITRAN fue creado en fecha previa al proceso de otorgamiento de concesiones; en cambio OSINERG fue creado años después del inicio del proceso de transferencia de propiedad de empresas estatales. SUNASS fue creado en el marco de reestructuración del sector saneamiento.

Las significativas diferencias en la evolución de la normatividad de cada uno de los organismos reguladores determinó que se aprobara la Ley 27332 denominada “Ley Marco de Organismos Reguladores de la inversión privada en servicios públicos”, con el propósito de establecer normas básicas comunes de organización y funcionamiento de tales entidades. La citada ley precisa las entidades comprendidas en su ámbito de aplicación—OSINERG, OSIPTEL, SUNASS Y OSITRAN--; determina la ubicación de las citadas entidades en la estructura del Estado; clasifica las funciones que les corresponde ejercer (supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, solución de controversias entre empresas y de reclamos de usuarios); las hace responsable de la supervisión de las actividades de postprivatización; potencia sus facultades de investigación; dispone que la dirección de los citados organismos corresponde a su respectivo Consejo Directivo y determina su

composición y régimen de sus integrantes, establece que los organismos reguladores contarán con un Tribunal de Solución de Controversias; que se financian con el denominado “aporte por regulación” que recaudan en las empresas y entidades bajo su ámbito y que su personal se sujeta al régimen laboral de la actividad privada.

A fin de adecuar el régimen de los organismos reguladores a lo dispuesto por la nueva Ley Marco, en su oportunidad el Poder Ejecutivo dictó los nuevos estatutos para cada uno de los organismos reguladores, es decir, el Reglamento General de OSIPTEL, Reglamento General de SUNASS, Reglamento General de OSINERG y Reglamento General de OSITRAN.

De la revisión de las citadas disposiciones se advierte un esfuerzo por homogenizar en la medida de lo posible el régimen básico de los organismos reguladores, pero se puede constatar que siguen pendientes de abordar otros temas, como el cuestionamiento a los organismos reguladores en materia de solución de controversias suscitadas entre las empresas concesionarias y los usuarios; constatándose que un significativo número de casos se violenta el derecho al debido proceso de los usuarios; al punto que la Defensoría del Pueblo y El Tribunal Constitucional se han pronunciado al respecto.

Ante esta situación y como medida para solucionar dicha problemática proponemos que en la Ley Marco y en los respectivos Reglamentos de los organismos reguladores, se incluya como obligación de éstos, respetar en los procedimientos de reclamación el derecho al debido proceso de los usuarios.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

El presente proyecto de ley, de aprobarse permitirá garantizar a todos los usuarios de servicios públicos, que sus reclamaciones serán tramitadas con arreglo a los principios que inspiran el derecho administrativo y constitucional, con ello se logrará que disminuya o desaparezca el cuestionamiento a los organismos reguladores por violación al derecho del debido procedimiento.

ANALISIS COSTO BENEFICIO DE LA NORMA

Que, la solución de forma regulativa a la problemática de cuestionamiento a los organismos reguladores no generará mayor gasto al erario nacional, por el contrario al garantizarse el derecho de los usuarios al debido procedimiento, ello determinará que haya menos cuestionamiento a los organismos reguladores, lo que a su vez generará que menos usuarios tengan que recurrir a la vía judicial, generando más conflictos judiciales que a la postre es un costo adicional al Estado.

Por lo expuesto, se propone la fórmula legal siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA HA DADO LA SIGUIENTE LEY.

PROYECTO DE LEY QUE PROPONE MODIFICAR EL INCISO 3.2. DEL ARTICULO 3° DE LA LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSION PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

ARTÍCULO ÚNICO.- Modificar el inciso 3.2. del artículo 3° de la Ley 27332, el mismo que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 3° Funciones

3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

- a)
- b)
- c)

3.2 Estas funciones serán ejercidas acatando, observando y cumpliendo estrictamente la normatividad constitucional o la ordinaria, ya que sus actuaciones deben estar sometidas al principio de legalidad y del debido proceso; el mismo que se garantiza cuando se le indica al usuario los medios de pruebas que será utilizados por la Administración y por las partes; cuando se determinan los plazos dentro de los cuales puede actuar la administración; cuando se motivan todos los actos que afecten a particulares; cuando se precisen las formas de notificación; el agotamiento de la vía administrativa y los recursos y plazos que tiene el usuario para recurrir a la vía judicial

BIBLIOGRAFÍA

Ariño Ortiz, Gaspar. Leyes singulares, leyes de caso único. En: Revista de Administración Pública. Número 118. Enero Abril 1989. Pág. 57-101.

Ariño Ortiz, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Lima: Palestra, 2004

Azula Camacho, Jaime. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Temis, 1998

Betral Vásquez, José Manuel. Vigencia y efectos de las leyes. Algunos ejemplos recientes. En: Revista de Administración Pública. Número 124. Enero Abril 1991. Pág. 367-377.

Bielsa, Rafael. Derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1956.

Bullard Gonzales, Alfredo. Derecho y economía. Análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra, 2003.

Bustamante Alarcón, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo.

Lima: Ara Editores, 2001

Bustamante Alarcón, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Lima: Ara Editores, 2001.

Cabanellas, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Buenos Aires: Heliasta, 2003.

Carrasco Perera, Ángel. El juicio de Razonabilidad en la justicia constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional, 1984, Nro. 11,

Carmona Ruano, Miguel. Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia. En: Jueces para la Democracia, 9, 1990

Castillo Córdova, Luis. El proceso constitucional de amparo. En: Estudios y jurisprudencia del código procesal constitucional. Análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo. Lima: Gaceta Jurídica, 2009

Cifuentes Muñoz, Eduardo. En: Acceso a la Justicia y Debido Proceso en Colombia. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. 1999, Nro. 3

Colección de Estudios Nuevo Servicio Público. Granada: Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 2001

Comisión Andina de Juristas. Protección de los Derechos Humanos. Definiciones Operativas. Lima: CAJ, 1997, p. 153

Compendio de Legislación sobre servicio público. Lima: Editora Perú, 2000

Cordero Torres, José María. La ley de enjuiciamiento civil como supletoria del procedimiento contencioso administrativo. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 1958

Corte IDH. Caso cinco pensionistas vs. Perú. Sentencia del 28 de febrero de 2003

Danos Ordóñez, Jorge. Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. En: Derecho administrativo. Lima: Jurista, Lima, 2004

Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba. Bogotá: Temis, 2002

Diario CLARIN. En: <http://www.clarin.com/diario/2005/02/10/opinion/o-19231.htm>

Donaires Sánchez, Pedro. Los principios de la impugnación.
<http://www.derechoycambiosocial.com/revista012/principios%20de%20la%20impugnacion.htm>

Dromi, Roberto. Derecho administrativo. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

En el camino de la verdad: por la inclusión, justicia y equidad. Lima: Defensoría del Pueblo, 2004

Estudio Benites, Mercado & Ugaz. Informe especial (Derecho administrativo), Lima, 1998.

Ferrer Beltrán, Jordi. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. En: Jueces para la Democracia, 47, 2003

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. Curso de Derecho administrativo. Madrid: Civitas, 1999

Gómez-Ferrer Morant, Rafael. Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional. En: Revista de Administración Pública. número 113. Mayo Agosto 1987. Pág. 7-38.

Gonzales Grimaldo, Mariano Carmelo. Potestad Sancionadora y Carga de la Prueba. En: Revista de Administración Pública, 1967, Nro.53

Gonzales Moras, Juan. Los Servicios públicos en la Unión europea y el principio de subsidiariedad. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

González Pérez, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1984.

Guasp, Jaime. Los límites temporales de la cosa juzgada. En: Estudios Jurídicos. Madrid: Cívitas, 1996

Huapaya Tapia, Ramón. Informe Práctico Administrativo. ¿Cuáles son los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General? En: Actualidad Jurídica N° 141

Huerta Tocildo, Susana. El derecho fundamental a la legalidad penal. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Nro. 39, 1993

Informe 38/09. Caso 12670. Admisibilidad y fondo. Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otros. Perú. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 27 de marzo de 2009

Linde Paniagua, Enrique. Competencia o jerarquía en la posición de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico: a propósito del artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En: Revista de administración pública. N° 91, 1980 , pags. 107-124.

Lopez de Castro García Morato, Lucia y Ariño Ortiz, Gaspar. Derecho de la Competencia en Sectores Reguladores. Granada: 2001

Madalena Solimano, Santiago. Las Nuevas Tecnologías Aplicadas al Proceso Jurisdiccional y en Particular la Prueba Digital en el Derecho Uruguayo Vigente. En: AR: Revista de Derecho Informático, 102, febrero 2007, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=8414>

Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia. Capítulo 1: El derecho de acceso a la justicia. En: [http://www.lac-workspace.undp.org.co/fileadmin/Seguridad Ciudadana/Justicia/01_capitulo_1_1.pdf](http://www.lac-workspace.undp.org.co/fileadmin/Seguridad_Ciudadana/Justicia/01_capitulo_1_1.pdf)

Martín Retortillo, Lorenzo. La doctrina de las materias reservadas a la ley y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. En: Revista de administración pública, Nº 39, 1962, pags. 287-306.

Mateu-Ros Cerezo, Rafael. El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el requisito de la legitimación. En: Revista de Administración Pública, Nro. 98, 1982,

Miranda Estrampes, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona: Bosh Editor, 1999

Montero Aroca, Juan. Cosa Juzgada, Jurisdicción y Tutela Judicial. En: Derecho Privado y Constitución, Nro. 8, 1996

Montoro Ballesteros, Alberto. Ideologías y fuentes del derecho. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Número 40. Julio Agosto 1984. Pág. 59-84.

Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, séptima edición

Nieto, Alejandro. Los derechos adquiridos de los funcionarios. En: Revista de Administración Pública. Número, Nº 39, 1962, pags. 241-266.

Patrón Faura, Pedro y Patrón Bedoya, Pedro. Derecho administrativo y Administración pública en el Perú. Lima: Grijley, 1998.

Pérez Luño, Antonio-Enrique. Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico? En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Número 98. Octubre diciembre 1997. Pág. 9-23.

Pizzorusso, Alessandro. Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Número 3. Mayo Agosto 1989. Pág. 269-321.

Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Inversión Privada en Servicios Públicos. Lima: 2004

Ruiz Eldredge Rivera, Alberto. Manual de Derecho administrativo. Lima: Gaceta jurídica, 2000

Ruiz Miguel, Alfonso. El principio de jerarquía normativa. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8. Número 24. Septiembre Diciembre 1988. Pág. 135-154.

Ruiz Molleda, Juan Carlos. ¿Es el Tribunal Constitucional un legislador positivo? <http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0299.htm>

Rubio Llorente, Francisco. El Principio de Legalidad. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Nro. 39, 1993

Sagastegui Urteaga, Pedro et. al. La justicia administrativa en el Perú. Lima: Exituno, 2002.

San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Lima: Grijley, 1999, p.93

Solanes, Miguel. Servicios públicos y regulación: Consecuencias legales de las fallas de mercado.

En:<http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/4464/P4464.xml&xs>.

Tardío Pato, José Antonio. El principio de especialidad normativa (Lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales. En: Revista de Administración Pública. Número 162. Septiembre Diciembre 2003. Pág. 189-225.

Torero, Máximo y Alberto Pasco Font. El impacto social de la privatización y de la regulación de los servicios públicos en el Perú. En: http://www.grade.org.pe/asp/brw_pub11.asp?id=384

Torres Muro, Ignacio. Sobre la reserva de ley. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 11. Número 31. Enero Abril 1991.

Valencia Martín, Germán. Servicios públicos y organismos reguladores. En: Derecho administrativo. Lima: Jurista, 2004

Vargas Hernández, José. Teoría de la acción colectiva, sociedad civil y los nuevos movimientos sociales en las nuevas formas de gobernabilidad en Latinoamérica. En: <http://www.pensamientocritico.org/josvar0903.htm>

Velandia, Durfari et. al. Organismos reguladores del sistema de salud colombiano: conformación, funcionamiento y responsabilidades. En: <http://ideas.repec.org/p/col/000120/000356.html>